Nuova Collezione di Opere Giuridiche - N. 41

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO

PER

EDOARDO HÖLDER

Professore di Diritto all'Università di Erlangen

TRADOTTE IN ITALIANO COL CONSENSO DELL'AUTORE

DA

DANTE CAPORALI

FRATELLI BOCCA EDITORI

Librai di S. M. il Re d'Italia

ROMA
Corso, 216

TORINO
Via Carlo Alberto, 3

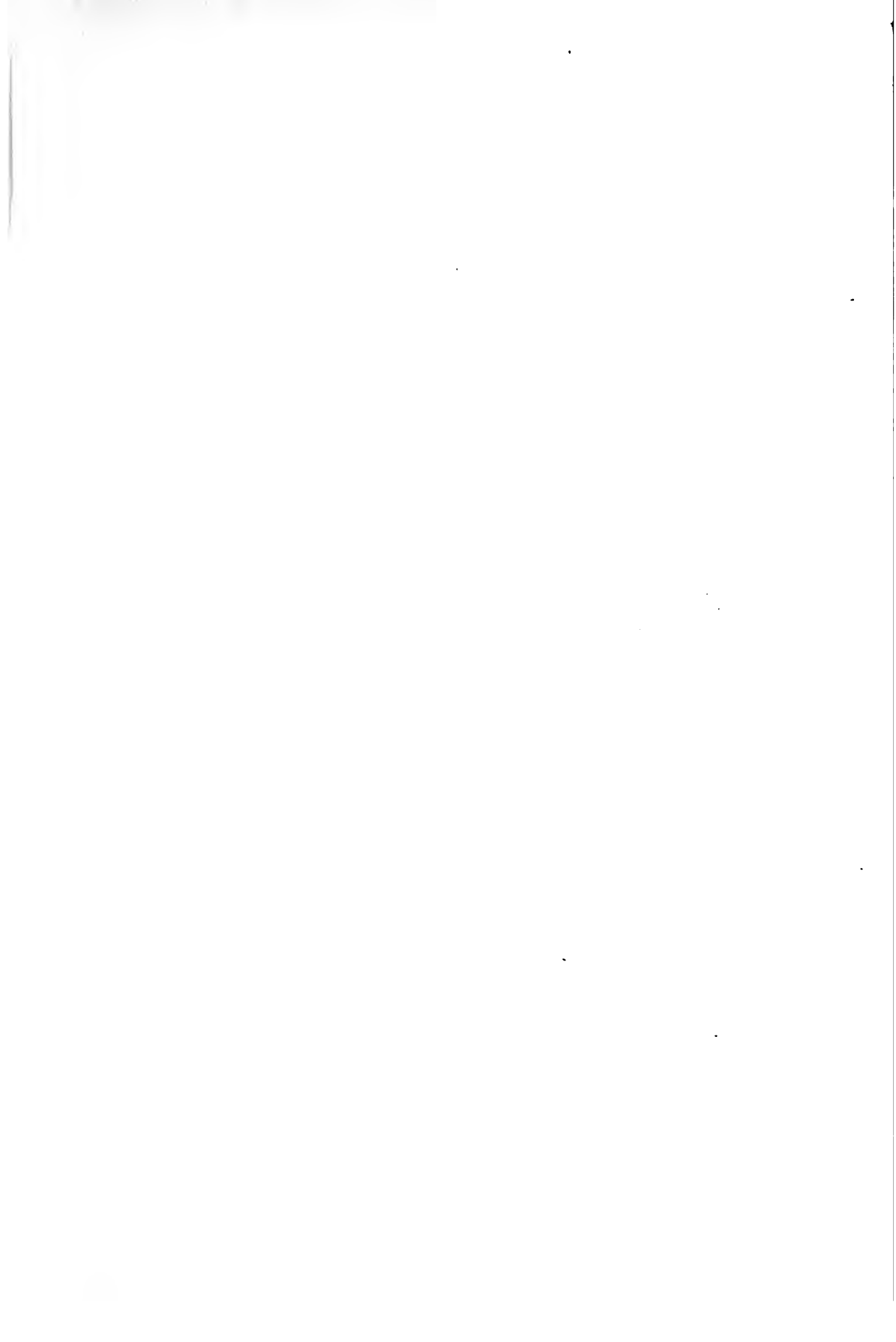
FIRENZE
Via Cerretani, 8

DEPOSITI

PALERMO
Università, 12
(N. CAROSIO)

NAPOLI
Piazza Plebiscito, 2

CATANIA
S. Maria al Rosº, 23
(N. CAROSIO)

1887

LE ISTITUZIONI

DEL

DIRITTO ROMANO

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO

PER

EDOARDO HÖLDER

Professore di Diritto all'Università di Erlangen

TRADOTTE IN ITALIANO COL CONSENSO DELL'AUTORE

DA

DANTE CAPORALI

FRATELLI BOCCA EDITORI

Librai di S. M. il Re d'Italia

ROMA
Corso, 216

TORINO
Via Carlo Alberto, 3

FIRENZE
Via Cerretani, 8

DEPOSITI

PALERMO
Università, 12
(N. CAROSIO)

NAPOLI
Piazza Plebiscito, 2

CATANIA
S. Maria al Ros°, 23
(N. CAROSIO)

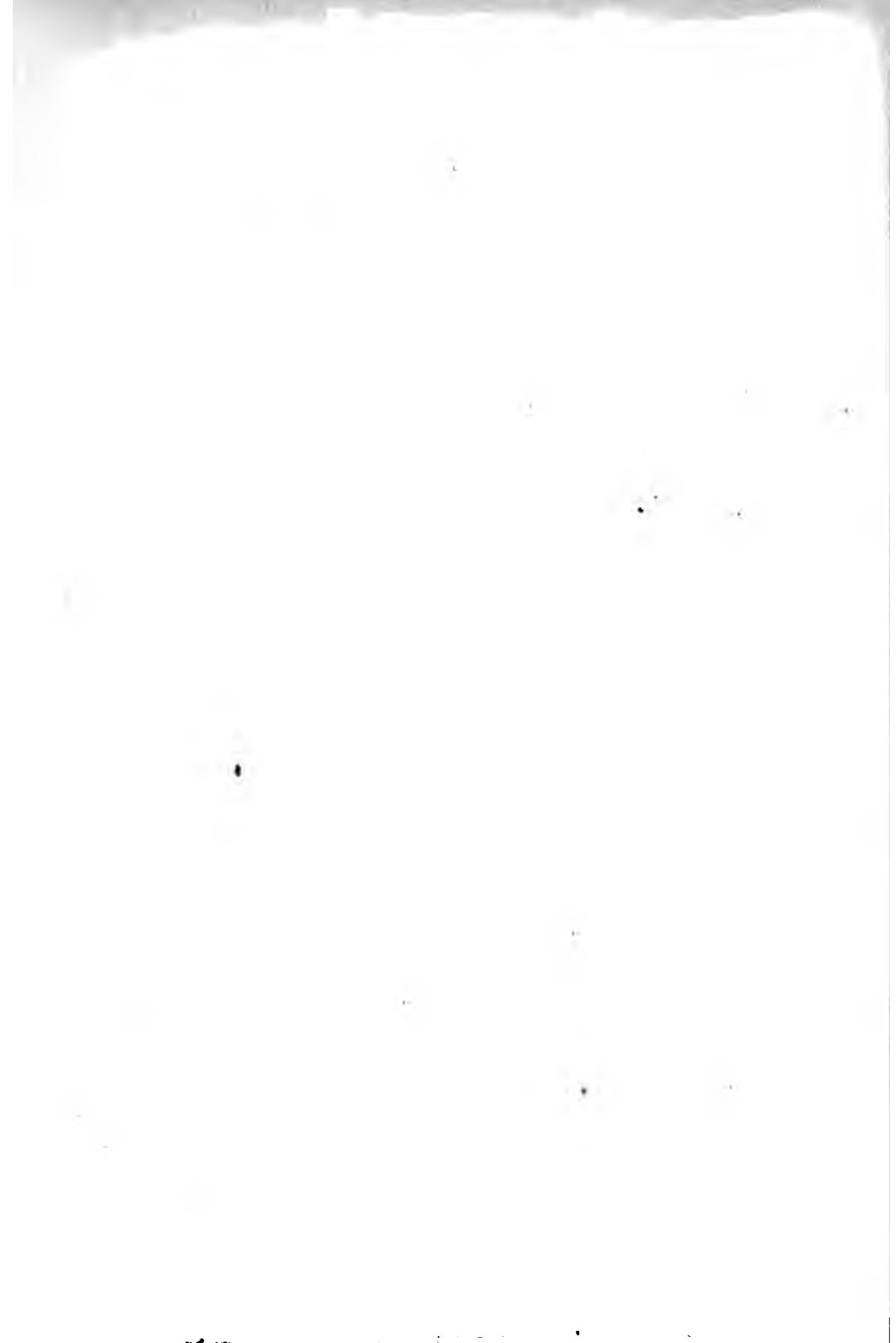
1887

ALLA

UNIVERSITÀ DI TUBINGA

QUESTO LIBRO

cbe nel comparire la prima volta ne salutò la quarta festa secolare

rimane dedicato in memoria di quella festa.

PREFAZIONE DEL TRADUTTORE

Le Istituzioni dell' Hölder son già così favorevolmente note nel mondo scientifico, che non abbisognano di alcuna raccomandazione. L' accoglienza festosa che esse ebbero fin dalla prima edizione (notevolmente inferiore a questa che ora presentiamo tradotta) e le approvazioni che l'autore raccolse da giureconsulti dottissimi (consulta oltre a quelli che l'Hölder stesso cita, anche il RASSOW in *Gruchot's Beiträgen*, XXII, 1, p. 160) porgono la miglior prova della bontà di questo lavoro. Mi giova dunque sperare che non sarà disprezzata del tutto la fatica da me posta attorno a questa traduzione. Le difficoltà che io ho dovuto vincere non sono state lievi; giacchè ogni cultore di diritto sa quanto sia difficile il riprodurre nella nostra lingua le opere tedesche di diritto per il tecnicismo rigoroso del linguaggio, che non consente una traduzione libera. La mia traduzione è certamente non scevra di difetti: io però ho cercato di rendere con la maggior precisione i concetti dell'autore, ed alla fedeltà verso la lettera del testo ho sempre sacrificato la eleganza della forma. Molte volte al lettore sembrerà oscuro qualche passo, e di ciò non è tanto imputabile il traduttore, quanto la reale oscurità del testo, nel quale pure è spesso sacrificata la facilità dell'intelligenza alla precisione dei concetti. Sebbene però io non mi nasconda i molti difetti della mia traduzione, tuttavia spero che mi sarà valutata la diligenza che

ho recata in questo mio lavoro, già da molto tempo compiuto, e che viene licenziato alle stampe con molto ritardo per un complesso di circostanze che qui non giova narrare. Non posso terminare queste poche parole senza esprimere la mia gratitudine verso il prof. Gianpietro Chironi, che mi fu largo di consiglio nella traduzione.

Roma, maggio 1887.

PREFAZIONE DELL'AUTORE ALLA PRIMA EDIZIONE

A fondamento delle nostre Istituzioni sta il concetto, che la migliore introduzione agli studi giuridici sia la conoscenza elementare del Diritto Privato Romano, e che il più sicuro modo di conseguire tale conoscenza sia l'esposizione del complesso sistematico di tal diritto. Di tal maniera il Dritto Privato è il primo oggetto che si presenta alla *cupida legum juventus*, e ciò trova la sua giustificazione se non nello speciale carattere di esso, almeno nello stato attuale della nostra scienza.

Se al contrario non debbano alle tradizionali Istituzioni di Dritto Romano sostituirsi quelle di Diritto nostro, è questione già proposta, alla quale è facile prevedere che si darà risposta affermativa a causa dell'imminente codificazione. Ma se nella trattazione di queste lo studio del Dritto Privato troverà la sua natural conclusione, si dovrà sempre a più forte ragione partirsi dalle origini istoriche del nostro Dritto. Senza di ciò nessuna codificazione condurrà il sistema del nostro Dritto Privato a quella unità e perspicuità, per cui riguardo il nostro insegnamento giuridico prende le mosse dal Dritto Romano. È di somma importanza per questo insegnamento l'acquistare un'idea generale la più chiara possibile del sistema del Diritto Privato Romano; questa non ci può essere procurata che da un'esposizione sistematica movente dal punto di partenza della scienza

nostra, nè a questa può supplirsi, come recentemente si è proposto, colla lettura delle Istituzioni di Gajo e di Giustiniano (1).

Ben si comprende che fare intendere il Dritto Romano senza considerare la sua storia, è impossibile. Ma poichè lo scopo delle Istituzioni richiede che sia precipuamente accentuato il momento sistematico, diventa necessario subordinare a questo il momento storico, giacchè è cosa impossibile soddisfare ugualmente ad ambidue. La esecuzione dei còmpiti della storia del Dritto può tanto meno imporsi alle Istituzioni, in quanto che seguire con frutto il cammino del Dritto nel tempo, presuppone una idea preliminare del suo campo, e l'andamento della sua evoluzione può in gran parte impararsi soltanto riportandosi allo stato del suo pieno sviluppo. Nell' insegnamento accademico certamente per cause riposte non solo in esso medesimo, ma anche più nella materia e nello stato della cultura attuale di essa, non si farà per la storia del Dritto Privato Romano, più di quello che possono richiedere le Istituzioni, sicchè certamente si raccomanda la connessione, per tal motivo tanto usitata modernamente, della storia del Dritto colle Istituzioni. Ma lo studio del Dritto Privato Romano ha un complemento necessario in quello della Procedura civile, il quale in forza della intima correlazione esistente fra ambidue i campi va parallelo a quello e non può essere soddisfatto con un prospetto del processo civile intercalato nell'esposizione del Dritto Privato.

Il prospetto delle fonti premesso al sistema del Dritto Privato Romano dà in parte più, in parte meno, di quello che richieggano le Istituzioni. Questo libro non dà le notizie che si potrebbero richiedere sulle singole parti delle fonti a noi tramandate: ciò deriva relativamente alle fonti antegiustinianee dalla supposizione, certo generalmente diffusa, che le raccolte del *Bruns* e dell'*Huschke* (o del *Krüger*) che porgono quelle

---

(1) Muther - *La Riforma dell'insegnamento del dritto (Die Reform des juristischen Unterrichtes)* - 1873.

notizie, debbano trovarsi nelle mani d'ogni studioso; quanto alle notizie relative al modo con cui ci è stato trasmesso il *corpus juris* e alle sue edizioni, esse spettano piuttosto alle Pandette. D'altro lato ci sembrò un bisogno stringente quello di portare alla maggior chiarezza ed evidenza possibile il carattere specifico che forma il distintivo dei diversi fattori della cultura giuridica romana.

Particolar diligenza si pose nel ricercare una partizione del sistema del Dritto Privato, che fosse per quanto è possibile esatta e sinottica al tempo stesso. Un'innovazione sostanziale, che si raccomanda all'esame spregiudicato dei dotti, è la riunione delle materie raccolte nella terza sezione del Dritto di obbligazione. La partizione del Dritto di famiglia è più semplice di quella comune. La *dominica potestas,* per lo più esposta in questo luogo, non è di *dritto famigliare,* poichè essa dipende soltanto dalla particolare qualità del suo oggetto, come uomo, e non da una speciale relazione di esso col suo soggetto. Il *rapporto di figlio* come tale non è specificatamente diverso dal rapporto di *parentela,* che ha in quello il suo più alto grado. Così pure il collocamento del *patronato* nella sezione dello *stato giuridico personale* era consigliato tanto dalla sua origine dalla schiavitù, quanto dall'esser quello in sostanza un qualchecosa di analogo alla parentela; come la posizione giuridica del singolo è determinata per una parte dalla sua qualità di membro della Società giuridica, per l'altra parte dalla sua qualità di membro di una data famiglia, così la particolare posizione del manomesso è determinata per un lato dalla sua qualità di *libertinus,* per l'altro da quello di *libertus* di un determinato padrone. Che per la determinazione del luogo ove doveva trattarsi del patronato abbia dato norma la sua *origine,* dipende da considerazioni di opportunità, alle quali sarebbe stata pedanteria negare ogni riguardo. L'avere trattato della *manus* in stretto nesso col matrimonio darà poco maggior campo ad obiezioni. Può invece recar sorpresa il non vedere attribuito un

luogo proprio alla *mancipii causa;* ma non essendo essa di nascita uguale alla *potestas* e alla *manus* e nascendo esclusivamente dalla disposizione del capo di casa sopra i suoi, corrispondeva alla sua reale importanza il trattarla non accanto alla *patria potestas,* ma in unione al contenuto di questa, come prodotto del suo esercizio. La deroga all'ordinamento sistematico nella speciale trattazione della *lex Julia et Papia Poppaea,* ci parve giustificata dallo speciale carattere di quella legge e richiesta dalla circostanza che altrimenti il quadro del Dritto matrimoniale romano avrebbe mancato di un tratto altamente caratteristico.

Non è questo il luogo di giustificare le singole parti della esposizione. L'autore non può dividere l'opinione ch'essa debba propriamente contenere soltanto ciò che è generalmente ammesso (SCHEURL - Prefazione alla 5ª edizione del suo Trattato). La chiarezza, importante in modo specialissimo nelle Istituzioni, e la precisione dell'esposizione, sono inconciliabili collo sforzo necessario a soddisfare quella pretesa senza di ciò affatto ineseguibile. Se nell'esposizione *una volta,* relativamente alla delimitazione dei periodi del Dritto Romano, si è aggiunta una parola di motivazione contro una concezione diversa, ciò è avvenuto perchè il lettore doveva esser posto in guardia contro gli equivoci riguardo al modo comune di divisione in periodi.

La scelta dei frammenti delle fonti inserite non avvenne nè nel senso ch'essa dovesse considerarsi come semplice aggiunta al testo, nè nell'idea contraria che il testo fosse essenzialmente una sintesi dei risultati che si ricavano da quelli: anzi il loro collocamento immediato dopo la corrispondente parte del testo doveva invitare a porre sotto gli occhi contemporaneamente la materia medesima nel doppio aspetto, in cui essa si presenta nella trattazione romana e in quella moderna. Naturalmente con ciò si doveva offrire non un *compenso* dello studio indipendente delle fonti, ma un *eccitamento* ad esso. Parve all'autore che si potesse porre in questione se ad ogni citazione dovesse o no

apporsi l'indicazione dell'autore. Però egli non si poteva, dal punto di vista delle *Istituzioni*, ripromettere da ciò un guadagno, salvo naturalmente che si tratti di *costituzioni* che introducono un *nuovo* dritto: però anche senza la conoscenza del singolo autore, deve distinguersi, anche dai principianti, se parla la legge o l'editto, il trattato o il commentario, il giureconsulto o l'imperatore. Quei nomi perciò si sono omessi, poichè il libro nulla doveva contenere, che non contribuisse al conseguimento del suo scopo.

Giudicare se lo scritto suo sia *quanto* o *più* d'altri scritti diretti allo stesso scopo, appropriato a conseguire lo scopo stesso, non spetta all'autore. Ma lo scopo stesso gli sembra tale, che il cercare di conseguirlo meriti e richieda intenso lavoro.

Greifswald, nel luglio 1877.

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Questo libro nella seconda edizione è stato accresciuto non esclusivamente, ma principalmente in riguardo all'introduzione e alla prima parte. Esso non ha accolto il titolo esteso « Istituzioni e Storia del Dritto Privato Romano », titolo recentemente divenuto di moda, non solo per la poco corretta antitesi tra « *Istituzioni* » e « *Storia* », ma anche perchè la designazione di Storia nel suo pieno significato non spetta a qualunque esposizione che considera il corso storico, ma soltanto a quella *dominata* dal punto di vista dello svolgimento storico. Anche nella seconda edizione si è mantenuto assolutamente come oggetto principale delle Istituzioni il sistema del Dritto Privato Romano nella sua più elevata forma: l'importanza, che spetta per l'origine e la formazione di questo sistema, per es. alle *leges,* ai magistrati ed ai giureconsulti, ci sembrò che non solo giustificasse ma richiedesse una considerazione di questi fattori più ampia che nella prima edizione. Invece la surriferita delimitazione del còmpito fece sì, che la legislazione giustinianea rimase brevemente trattata, e quella post-giustinianea affatto esclusa. Sembrò invece bisogno stringente il prospetto della partizione dei Digesti, che però, non potendo essere inteso prima di conoscere il sistema del Dritto Privato, non si potè dare che in appendice. L'autore considerò come decisamente utile il porgere l'idea del calendario

romano, in aggiunta alla teoria dell'importanza del tempo. Quanto al resto egli si è occupato non solo di piccoli complementi, ma anche di correggere più che si poteva le inesattezze della prima edizione, al qual proposito lo ha aiutato la recensione, sì profonda che benevola, del *Pernice* (nella Jenaer Liter. Zeitschrift, 1879, art. 333). Invece la partizione del sistema è rimasta la stessa, sebbene, tanto dal *Pernice*, quanto nella Rivista del *Mandry* (Kritische Vierteljahrsschrift, 20, p. 212 seg.) al quale pure l'autore deve grandissimi ringraziamenti, siano state elevate difficoltà sopra la riunione, che si è tentato di fare sotto il nome di rapporto reciproco di più obbligazioni, di una serie di materie, che si sogliono comunemente esporre in varii luoghi. Ma quanto alla compensazione e alla novazione, la cui collocazione in quel luogo fu nominatamente censurata, non conviene trattarne, come si fa comunemente, nell'estinzione delle obbligazioni, perchè questa nel caso della compensazione deriva dall'importanza giuridica, che ha di già la *coesistenza* del credito e del contro credito, e nel caso della novazione avviene mediante un atto *costitutivo* di debito. L'affinità, pure combattuta, tra novazione e cessione da un lato e tra novazione e *costitutum debiti* dall'altro, è evidente quanto alla cessione ove si guardi al momento della *litis contestatio* che originariamente ne compiva l'effetto, mentre lo scopo del constituto è in parte simile a quello della cosidetta stipulazione accessoria, che è affine alla novazione, in parte a quello della novazione stessa nel caso di un *pactum de non petendo* che si congiunga con quello. Però riguardo a questo, come ad altri punti, non è qui il luogo di una più ampia giustificazione dell'ordinamento e dell'esposizione preferiti.

Erlangen, aprile 1883.

INTRODUZIONE

I. CONCETTO E FONTI DELLE ISTITUZIONI

I. CONCETTO

§ 1.

I. — Il linguaggio volgare romano designa con la parola *institutio* l'insegnamento degli elementi della scienza, col quale si comincia l'istruzione accademica e conformemente a ciò i giureconsulti romani designavano gli scritti diretti a tale scopo col nome di *Institutiones*. Tali *institutiones* formavano particolarmente una parte integrale della raccolta di diritto fatta da Giustiniano imperatore d'Oriente, e la loro spiegazione formava originariamente l'oggetto primo dell'insegnamento giuridico accademico. Dappoichè in questo la trattazione sistematica ha preso il posto dell'esegetica, s'intende per Istituzioni un *prospetto sistematico del Diritto privato romano* (1); perciò mentre le nostre odierne *Istituzioni* non hanno per oggetto quelle giustinianee, nè traggono la loro materia più da queste che da altre fonti, esse portano in sè ancora invariato il carattere dell'*institutio* come prima introduzione non solo allo studio del Diritto

---

(1) In un senso più largo che abbraccia insieme tutta la storia del Diritto romano è inteso il concetto delle Istituzioni nel *Cursus der Institutionen* del Puchta (1ª ediz. 1841, le più recenti edizioni furono curate dal Rudorff e dopo il 1875 dal Krüger), opera invecchiata nelle singole parti, ma nel complesso non superata da nessuna moderna.

romano, ma, in generale, agli studii giuridici che cominciano con questo. Insieme alle Istituzioni che aprono lo studio delle singole discipline giuridiche serve a tale scopo l'*Enciclopedia giuridica*, la quale è destinata a dare un'idea generale dell'intero campo della scienza giuridica. Poichè per altro le Istituzioni servono pure qual prima guida allo studio del Diritto, e perciò non presuppongono alcuna cognizione giuridica, così nemmeno in esse deve mancare una breve nozione del Diritto in generale, la quale preceda l'esame del Diritto privato romano.

II. — Come le nostre Istituzioni, così le nostre *Pandette* hanno il loro nome da quella parte della compilazione giustinianea, la cui spiegazione ne formava originariamente l'oggetto. La diversità delle Pandette odierne dalle odierne Istituzioni non è soltanto di scopo e di estensione, porgendo le Istituzioni una prima idea generale, mentre le Pandette si occupano delle particolarità; chè anzi si dividono ambedue per il loro oggetto. Mentre le Istituzioni hanno per oggetto il Diritto romano come tale e perciò come un diritto appartenente al passato, le Pandette invece considerano il Diritto romano privato come un diritto efficace ancora nel tempo presente, come sorgente e parte essenziale del Diritto oggi vigente. Al contrario delle Istituzioni le quali trattano l'intero Diritto privato romano e niente altro che il Diritto privato romano, le Pandette si limitano da un lato a quelle parti del Diritto romano privato, che hanno un'importanza pratica anche presentemente, e d'altra parte riguardano queste non solo nella loro primitiva forma romana, ma con quelle modificazioni importate dallo sviluppo del diritto dopo l'epoca romana, con le quali modificazioni esse sono parte del diritto vigente.

III. — Le Istituzioni, avendo per oggetto il Diritto romano come tale, lo studiano non soltanto, come le Pandette, nel suo ultimo aspetto giustinianeo, ma come oggetto e prodotto di una evoluzione storica. Il Diritto giustinianeo, che le Pandette trattano come punto di partenza di una posteriore evoluzione del diritto, è per le Istituzioni il punto di fermata dell'evoluzione giuridica romana. Oggetto delle Istituzioni è il Diritto privato romano sotto il doppio riguardo della sua partizione sistematica e della sua modificazione storica, però con considerevole accentuazione di quella. L'oggetto principale di questo studio è il sistema del Diritto romano privato, a tempo della maggior

coltura di esso mediante i giureconsulti dell'epoca imperiale, cioè il diritto classico, in rapporto al quale il diritto anteriore apparisce come il germe, il diritto posteriore come rampollo. Dalla *storia del Diritto romano* si distinguono le Istituzioni, sì qualitativamente per la subordinazione dei momenti storici ad un sistema, sì quantitativamente per la limitazione di esse al Diritto privato, ossia a quella parte del Diritto romano alla quale si deve principalmente la sua importanza nel diritto e nella scienza giuridica moderna. Ma anche nella conoscenza sistematica del Diritto privato la storia del diritto è un aiuto da non ripudiarsi a causa della relazione esistente fra tutte le parti del diritto: in particolar modo a cagione dell'intimo rapporto in cui si trova il Diritto privato con la sua amministrazione nei tribunali, è impossibile una perfetta intelligenza del Diritto privato romano senza la conoscenza del *processo civile romano* (1).

Ma poichè lo studio del Diritto romano privato ha per oggetto la duplice ispezione dell'origine e del contenuto delle sue norme, e la particolarità di quella dipende dalla particolare organizzazione ed amministrazione dello Stato romano, questo stesso è oggetto delle Istituzioni nella sua qualità speciale di fonte del Diritto privato romano (2).

II. FONTI

§ 2.

Fonti per il nostro studio del Diritto romano sono parte gli *scritti*, parte i *monumenti*, fra i quali ultimi si distinguono i *monumenta litterata* e specialmente i *documenti (tabulæ)*, dei quali noi possediamo un gran numero nell'originale. Fra essi vengono per il nostro

---

(1) Keller, *Il processo civile romano e le azioni* (V. la traduz. italiana del prof. Filomusi Guelfi, Napoli). *(Der röm. civil Proc. u. die Actionen*, 5 Aufl. bearb. von Wach, 1876). — Bethmann Hollweg, *Il processo civile romano (Der röm. civil Proc.)*, 3 vol. 1864-1866.

(2) L'organismo e l'amministrazione dello Stato romano sono compendiosamente descritti dal Madvig (1881-82). V. anche Mommsen, *Diritto dello Stato romano (römisches Staatsrecht)*, 1873 (2ª ediz. 1876) e Marquardt, *Amministrazione dello Stato romano (röm. Staatsverwaltung)*, 1873 (2ª ediz. 1882).

studio del Diritto romano in primo luogo i *documenti della legge* in largo senso, cioè le *regole giuridiche*, tramandatici autenticamente, poi in particolar modo i *documenti degli affari* come esempi della *applicazione del Diritto*. Questi, insieme alle iscrizioni di altri monumenti, sono stati raccolti nel modo più completo e migliore nel *Corpus inscriptionum latinarum*, edito per cura di Teodoro MOMMSEN nel 1863 dall'Accademia delle scienze di Berlino. Come di fonti letterarie deve tenersi conto, oltre che degli scritti giuridici, anche di tutti quelli che riguardano cose che hanno attinenza col Diritto, perciò non solamente gli *storici*, che narrano casi del Diritto, i *filosofi* che fanno il Diritto oggetto di osservazioni generali e gli *oratori* che si servono di esso nella sua applicazione forense, ma specialmente anche i *grammatici*, i quali fanno oggetto di un'interpretazione filologica le fonti e le espressioni del Diritto ed anche i *poeti* in quanto ritraggono i casi della vita quotidiana d'importanza giuridica. Tra tutti gli scrittori non giureconsulti il più importante per noi è M. TULLIO CICERONE (106-43 av. C.), il quale non era veramente giurista, ma era istruito nel giure. Mentre però relativamente agli scrittori non giureconsulti deve rimandarsi alla storia della letteratura romana (1), gli scrittori giuridici invece, per l'intima connessione fra l'esistenza e la cognizione del Diritto, sono fonti non solo della nostra cognizione del Diritto romano, ma del Diritto romano stesso, e perciò sono oggetto del nostro insegnamento nella prima parte che concerne le fonti del Diritto. Sono pure da collocare qui:

A Il libro del Diritto di Giustiniano, detto dai moderni *Corpus juris civilis*, mediante il quale il Diritto romano prese quell'aspetto col quale acquistò la sua pratica importanza nella moderna Europa. La forma di quest'opera fu quella di una raccolta sistematica di decisioni dei romani imperatori *(Codex constitutionum)* e dei romani giureconsulti *(Digesta s. Pandectae)*, a cui son preposte le *Institutiones*. Le *costituzioni* da Giustiniano emanate dopo il termine di quell'opera sono le *Novellae constitutiones imperatoris Justiniani*, sicchè la sua legislazione si divide in

(1) W. S. TEUFFEL, *Storia della letteratura romana (Geschichte der römischen Literatur)*, 4ª ediz. curata da LUDWIG SCHWABE, 1882.

1) Codificazione, di cui son parti essenziali le *Institutiones*, le *Pandectæ* e il *Codex*;

2) Leggi aggiunte posteriormente (*Novellæ*).

Le Novelle si dividono in *capita*, a cui precede una *præfatio* e segue un *epilogus*, ed in paragrafi. Le altre opere si dividono in libri e titoli; i titoli delle Istituzioni si dividono immediatamente in paragrafi. Paragrafi nelle Pandette e nel Codice sono suddivisioni delle singole decisioni dei giureconsulti o degli imperatori, dette comunemente *leges*.

La divisione in paragrafi non comincia col § 1, ma il primo segmento precedente a questo si chiama *principium* (pr.). Mentre però il modo di citazione delle Novelle è quello usato generalmente in ogni citazione (p. es.: Nov. 17, cap. 5, § 1); nelle altre opere si nomina la rubrica del titolo, gli si fa precedere l'indicazione della legge e del paragrafo, e in fine si colloca il numero del libro e del titolo, per esempio:

pr. I. *de nuptiis*, 1, 10 — il principio del titolo delle Istituzioni *de nuptiis*, il quale è il decimo del primo libro;

L. (cioè legge, *lex*), 5 § 1. D. (cioè *Digestorum*) mandati, 17, 1.

L. 3, C. (cioè *Codicis*), *de usuris*, IV, 32.

Spesso i passi del Digesto vengono anche citati come *fragmentum* (fr.) e quelli del Codice come *constitutio* (c.). Invece della rubrica del titolo si trovano anche le indicazioni *eod.* (cioè *eodem titulo*, nel titolo sopracitato) o *h. t.* (*hoc titulo*, nel titolo che riguarda la materia di cui si tratta). Mentre ciascun libro contiene più titoli per regola, invece il titolo del Digesto *De legatis* contiene più libri (30-32), si cità perciò, p. es.:

L. 2 D. de legat. I (30) — nel primo dei libri che trattano *de legatis*, ossia nel libro trentesimo del Digesto.

La migliore e più recente edizione completa del *Corpus juris* è quella di Theodor Mommsen, 1872. In essa vi sono le *Institutiones* e il *Codex*, collazionate da Paolo Kruger, e le *Novelle* per cura di Rodolfo Schöll (di cui è pubblicata solo una parte).

B Raccolta di fonti conservateci oltre il *Corpus juris*.

1) Scritti dei giureconsulti sono contenuti in

a) Jurisprudentiæ antejustinianæ quæ supersunt rec. Huschke, ed. 4ª, 1879;

b) Collectio librorum juris antejustiniani. — Edizione Krüger, Mommsen, Studemund in tre parti, delle quali la prima, contenente le Istituzioni di Gaio, fu edita nel 1877, la seconda nel 1878 e la terza non è ancora comparsa.

2) *Fontes juris romani antiqui,* ed. Bruns, 4ª, 1879 con un'aggiunta di Mommsen del 1880.

Quest'opera contiene: nella prima parte le *leges* in senso largo senza limitazione a quelle lasciateci testualmente; nella seconda i *negotia* o documenti di affari insieme ad alcune iscrizioni sepolcrali; nella terza *(scriptores)* alcuni passi degli scrittori non giureconsulti (grammatici, scoliasti, agrimensori).

3) Le raccolte suddette contengono insieme tutte le fonti del Diritto, ad eccezione delle leggi imperiali, che sono raccolte nel *Corpus juris romani antejustiniani consilio professorum Bonnensium* (1835). Inoltre vi è il *Corpus legum ab imp. rom. ante Justinianum latarum, quæ extra constitutionum codices supersunt,* edito dall'HAENEL nel 1857.

II. IL DIRITTO E LA SUA COGNIZIONE

I. LA NATURA DEL DIRITTO.

§ 3.

I. — Nel senso dell'etica la parola *diritto* è una designazione meramente *negativa* di atti umani. Mentre l'indicare un dato atto come *non diritto* (ingiuria) racchiude in sè una disapprovazione positiva di quello, non si attribuisce un valore etico determinato ad un atto con la dichiarazione che sia diritto condursi in data guisa. In conformità di ciò noi non esitiamo a rispondere affermativamente alla domanda se sia diritto fare o non fare questa o quella cosa, ogni qual volta manchino ragioni per rispondere negativamente. Ma la *manifestazione della propria personalità* diventa ingiuria quando diventa *lesione di una personalità altrui.*

La disapprovazione dell'ingiuria deriva dall'uguaglianza naturale degli uomini, in forza della quale v'ha una contraddizione intrinseca nell'estendere l'azione della propria personalità oltre i limiti risultanti dall'ugual valore della personalità altrui.

Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat: omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. L. 1, pr. D. de injuriis, 47, 10.

Cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas ese. L. 3, D. de justitia et jure, 1, 1.

Juris præcepta sunt hæc, honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere, L. 10, § 1, eod.

Jus pluribus modis dicitur: uno modo, cum id, quod semper æquum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale. L. 11, eod.

II. — Al concetto etico del diritto nel senso negativo dell'assenza di *iniuria*, sta di contro il concetto istorico del diritto positivo. Al contrario di quello, questo deriva non soltanto dalla natura uguale degli uomini, dalla quale risulta il riconoscimento della personalità altrui come non soggetta alla propria, ma dall'unione di una moltitudine di uomini in una comunione che signoreggi l'esistenza loro. Il diritto di una tale società è il complesso di quelle norme le quali in essa hanno valore, come signoreggianti la vita comune dei suoi membri. Con la società, cui appartiene, il singolo individuo sta nel doppio rapporto della sottoposizione alla di lei volontà, come diversa dalla propria volontà individuale e dalla propria partecipazione alla natura comune, come a quella che esiste con lui e a suo riguardo. Perciò il diritto non è soltanto *obiettivo*, come superiore all'arbitrio dei singoli individui, ma anche *subiettivo*, come servente alla volontà del singolo, poichè la volontà comune, il cui contenuto è il diritto, da un lato nega il valore della volontà dei singoli che le contrasta e dall'altro lato riconosce e difende la volontà individuale, in quanto il suo contenuto si compenetra con quello della volontà generale. Il concetto del diritto subiettivo è usato talora nel senso *negativo* della *libertà* non limitata dalla volontà generale, talora nel senso *positivo* della *facoltà* del singolo individuo, garantita dalla volontà generale. Nel primo senso il concetto del diritto subiettivo è identico a quello del *lecito* ossia del *non proibito* dal diritto obiettivo, e non ha quindi importanza indipendente, poichè designa semplicemente il contenuto della volontà del singolo individuo, in quanto tal contenuto equivalga alla volontà generale o non contraddica al contenuto suo proprio. In senso positivo, invece, il diritto subiettivo è un'espansione positiva della facoltà individuale oltre i suoi limiti naturali e quindi insieme una limitazione positiva della libertà individuale, poichè esso

non solo dà luogo pei privilegiati alla liceità di una determinata azione propria, ma anche alla facoltà di richiedere una determinata azione altrui e di porre necessariamente in moto l'azione della società per vincere l'altrui opposizione.

Jus pluribus modis dicitur..... altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile. l. 11, cit.

Est igitur... res publica res populi: populus autem non omnis hominum cœtus quoquo modo congregatus sed cœtus multitudinis juris consensu et utilitatis communione sociatus. Cic. de rep. I, 25.

III. — Le obbligazioni di diritto positivo si distinguono da quelle dell'etica non soltanto perchè derivano da una determinata società istorica e sono pure limitate nel loro valore ai membri di questa società e protette dai suoi organi, ma non si compenetrano con quelle a causa del loro contenuto. Veramente ogni società giuridica presuppone fra i suoi partecipanti il riconoscimento reciproco della personalità, e quindi la riprovazione etica dell'*injuria*. All'incontro l'obbligo di non ledere la personalità dei consociati non diviene in tutta la sua estensione un obbligo di diritto positivo; e d'altronde gli obblighi di diritto positivo hanno il loro fondamento solo in parte nella riprovazione morale dell'ingiuria e si fondano più che altro nel principio del bene comune, poichè qualunque comunione di diritto non ha soltanto il còmpito negativo di assegnare alle pretese degli interessi particolari quei limiti la cui inosservanza lederebbe l'interesse di ugual pregio di un consociato, ma ha anche quello positivo di procurare il soddisfacimento dell'interesse sociale. Però mentre l'estensione in cui spetta alla società la cura del bene dei consociati si determina mediante riguardi alla conformità del suo scopo, il còmpito della difesa contro le lesioni del diritto e della riparazione per le lesioni già avvenute si presenta qual còmpito principale di qualunque comunione giuridica, sicchè questa si addimostra tale in quel grado, nel quale ad essa riesce di conseguire quello scopo.

II. LE SPECIE DEL DIRITTO

§ 4.

I. — Poichè il diritto positivo deriva dall'esterna comunione della vita, dalla pluralità storica di tali società ne nasce una pluralità di diritti.

A Più società giuridiche possono esistere indipendentemente l'una accanto all'altra, in modo che ciascuna di esse abbia un diritto proprio indipendente dalle altre società nella sua forza obbligatoria per i suoi membri. Questo rapporto di coesistenza indipendente ha luogo non soltanto tra i diritti particolari di più Stati, ma ancora tra i particolari diritti dello *Stato* e della *Chiesa*, nati e vigenti entro una stessa particolare società: come dalla sudditanza deriva il valore del diritto dello *Stato*, così esclusivamente dalla comunanza di Chiesa deriva il valore *ecclesiastico* del diritto ecclesiastico.

B Dal rapporto di sommissione di una società giuridica ad una superiore, ne viene:

1) La contrapposizione del diritto *generale* e del diritto *particolare*, ovvero del diritto *unico* di una comunità superiore e del diritto *particolare* delle *singole* comunità in essa comprese. Il concetto del diritto generale e del diritto particolare è di natura relativa: così il diritto di uno Stato tedesco è diritto generale in rapporto al diritto di una delle sue provincie, mentre invece è diritto particolare di fronte al diritto dell'Impero Germanico. Come diritto di tutti, il diritto generale è per tutte le parti della società un diritto comune *(Jus commune)*, accanto al quale diversi diritti particolari delle parti della società possono sussistere solo per la sua propria concessione.

2) In forza di un reciproco riconoscimento una pluralità di società indipendenti è unita in una certa comunione giuridica dal *Diritto delle genti*. Poichè per altro il diritto delle genti forma veramente scambievoli obblighi giuridici fra le comunità da esso unite, ma non dà luogo ad un incorporamento di esse in una speciale società che le comprenda, il diritto delle genti non esclude l'esistenza di un diritto proprio delle singole società contrario al suo contenuto: mediante la sanzione di un tale diritto la singola società lede veramente il suo obbligo di diritto delle genti, ma non sorpassa il limite della sua facoltà giuridica illimitata entro il suo territorio.

II. — Il diritto delle singole comunità è in parte *pubblico (Jus publicum)*, parte *privato (Jus privatum)*. Oggetto del diritto pubblico di una comunità è la sua propria posizione esteriore e la costituzione interna, vale a dire: tanto il rapporto di superiorità o di sommissione nel quale essa si trova con le altre comunità, quanto

il rapporto in cui i singoli membri della comunità in questa loro qualità stanno di fronte alla comunità stessa e fra loro. Invece il *Diritto privato* ha per iscopo la condizione dei singoli membri della comunità, come persone aventi diritti per sè e legate tra loro da relazioni individuali. Poichè però relazioni di questa natura, come sussistono tra gli individui come tali, possono aver luogo fra la comunità stessa e i suoi membri, di guisa che questi stiano di fronte a lei non nella loro qualità di membri di essa, ma nella stessa guisa che essi starebbero per la medesima relazione giuridica di fronte ad altri individui, così anche la comunità stessa è soggetto possibile di rapporti di diritto privato.

Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei romanæ spectat; privatum quod ad singulorum, utilitatem; sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. L. 1, § 2 D. de just et jure, 1. 1.

III. — Poichè la volontà comune da un lato toglie valore alla contraria volontà dei singoli e dall'altro accresce valore alla volontà dei singoli che si trova con lei in armonia, il diritto di fronte alla volontà individuale si trova nel triplice rapporto di limitazione, di garanzia e di completamento, sicchè le sue disposizioni talora tracciano il *limite* all'affermazione della volontà individuale, talora stabiliscono le *condizioni* sotto le quali il diritto accorda valore alla volontà dei singoli, talora finalmente regolano un rapporto rilasciato all'arbitraria disposizione privata soltanto *condizionatamente* per il caso della sua omissione.

Le norme della prima e dell'ultima specie sono fra loro direttamente opposte, in quanto quelle escludono qualunque modo contrario di regolarsi, mentre l'applicazione di queste è viceversa esclusa da una determinazione privata, supposto che questa segua sotto il riparo delle condizioni stabilite dalle norme della seconda maniera. Alle norme della prima specie, come *assolute, coattive* o *proibitive,* si contrappongono quelle della terza specie come *eventuali, suppletive* o *dispositive:* per diritti dispositivi si suole dunque intendere le norme subordinate alla omissione della disposizione privata; all'incontro manca una designazione usitata di quelle norme le quali stabiliscono le condizioni necessarie alla validità di una disposizione

privata. I Romani chiamavano *jus commune* la regola di diritto incondizionata ed escludente perciò un diverso modo di regolarsi nei singoli casi: designavano ancora il diritto col nome di *jus publicum* in contrapposto alla disposizione privata, sicchè questa espressione non designa solamente una determinata parte del diritto, ma anche il diritto in generale nella sua qualità di contenuto della volontà comune superiore alla volontà dei singoli.

Quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet. — Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. L. 7, § 16, l. 38, D. de pact., 2, 14.

IV. — Il diritto adempie il suo còmpito di signoreggiare la concreta moltiplicità della vita, mediante la classificazione, cioè mediante la distinzione di determinate classi di rapporti sottoposte a determinate regole particolari, sicchè la decisione del singolo caso dipende dallo stabilirsi di quelle classi di rapporti giuridici, i cui caratteri quel caso porta in sè, e dalla combinazione delle norme appartenenti a ciascuna di queste classi. Poichè tale classificazione non può altrimenti seguire che secondo determinati caratteri decisivi, senza riguardo all'affinità o diversità dei casi, così è possibile a cagione delle particolarità individuali, le quali non poterono venir considerate nella classificazione, che un caso sia affatto diverso dagli altri casi della stessa classe e similissimo ai casi di un'altra classe. Perciò il diritto non soltanto è *affine all'equità (æquitas)*, perchè aspira alla effettuazione di quella come alla sua meta più elevata, ma le è pure *opposto*, perchè il conseguimento pieno di tale scopo è impedito dalla natura propria del diritto o a cagione dei mezzi coi quali il diritto vi aspira. Però il diritto può in varie guise ovviare al pericolo di una collisione delle pretese sue con quelle dell'equità, così:

1) Mediante il trattamento speciale di particolari classi di casi. Se il diritto avesse dovuto nella sua classificazione specializzare oltre il possibile, sarebbe incorso nel pericolo di inavvertenze, di contraddizioni, di imperfezioni. D'altra parte la natura speciale di classi particolari di casi richiede molte volte un'eccezione alla regola comune alle classi più generali che le comprendono. In contrapposto al *jus commune* o diritto comune del genere, il diritto particolare della singola specie si chiama *jus singulare*.

Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. L. 16, D. de legibus, I, 3.

2) Dal concetto del *jus singulare* è diverso quello del *jus speciale:* poichè nella lingua giuridica romana il contrapposto di *genus* e *species* non è quello di genere e di sottogenere, ma piuttosto quello di *genere* e *individuo,* così *jus generale* è qualunque principio di diritto che regola una determinata classe di casi, e *jus speciale* invece quella regola che esclusivamente vale per una singola persona, cosa od affare. Poichè una tale norma individuale, possibile soltanto come eccezione distinta, corregge la regola del diritto per l'apprezzamento di una particolarità individuale, essa lede anche l'equità per questo che essa esclude anche un uguale modo di trattare gli altri casi, sebbene di natura affatto uguale. Col nome di *privilegium* intendevano i Romani tanto un particolare diritto *individuale,* quanto quello pure particolare di una intera *classe.*

Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur. L. 8, D. de legibus, 1, 3.

Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex *specialis* aliud inducit. L. 24, D. de statu hom., 1, 5.

Quodcunque... imperator... constituit... legem esse constat; hae sunt quæ constitutiones appellantur. Plane ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur,... aliæ autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent. § 6, I. de jur. nat. etc, 1, 2.

Lex..... est generale jussum populi..... Ea definitio si probe facta est, neque de imperio Cn. Pompei... neque alia id genus populi plebisce jussa *leges* vocari possunt. Non sunt enim generalia jussa neque de universis civibus, sed de singulis concepta; quocirca ea *privilegia* potius vocari debent, quia veteres *priva* dixerunt quæ nos *singula* dicimus... Sed quamquam hæc ita sunt, in veteribus tamen scriptis non magnam vocabulorum istorum differentiam esse animadvertimus, nam... et privilegia translaticio nomine legis appellaverunt. Gell. Noct, act., 10, 20.

3) Poichè il diritto serve all'equità, ma però restringe la sua espansione, una libera attuazione dell'equità come tale è possibile soltanto nei limiti del libero apprezzamento dei chiamati alla sua amministrazione, sicchè la loro perspicacia e la loro coscienza formano la sola garanzia del loro retto governo.

V'è tale libertà di giudizio:

a) Per il giudice chiamato ad *applicare* il diritto, solo in quanto il diritto, per non prevenire l'apprezzamento di circostanze individuali da esso non prevedibili, rinunzia a regolare il caso da sè e rimette ai giudici la decisione dei casi *ex bono et æquo.*

Actiones autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris... In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat. § 28, 90, J. de act., 4, 6.

De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola æquitate. L. 14, pr. D. de div. præscr, 44, 3.

Tit. Cod. de privilegio fisci, 7, 73; de privilegio dotis, 7, 74; de privilegiis urbis Costantinopolitanæ, 11, 21, de privilegiis scholarum, 12, 29.

b) Poichè l'amministrazione del diritto consiste nel servizio dell'equità, il diritto e il dovere della magistratura dirigente può estendersi anche alla *correzione* del diritto in quei casi nei quali una tale correzione sia richiesta dall'equità. La facoltà di togliere efficacia alle regole del diritto in singoli casi per riguardi di equità, era in Roma un attributo essenziale della magistratura (§ 12,37); mentre ai giorni nostri è limitata quasi al solo diritto di grazia.

Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. L. 1, C. de leg. 1, 14 (Costantino).

III. L'ORIGINE DEL DIRITTO

§ 5.

I. — Come l'esistenza della società così anche il suo diritto dipende dal proprio riconoscimento dei suoi membri; però una singola regola giuridica può derivare da quello, talvolta mediatamente, tal'altra immediatamente, e su ciò si fonda la distinzione fra il diritto *della legge* e il diritto *consuetudinario,* che è quanto dire fra il diritto stabilito in una determinata forma giuridica da un rappresentante della società, conformemente alla sua costituzione e il diritto riconosciuto mediante l'esercizio di fatto dei membri della società stessa.

La volontà sociale, il di cui contenuto è il diritto, si estrinseca nella legge mediante una dichiarazione redatta in una determinata forma giuridica da speciali organi dalla comunità a ciò per la loro

posizione giuridica autorizzati, come giuridicamente obbligatoria e perciò da seguirsi generalmente; essa poi si manifesta nel diritto consuetudinario mercè l'esercizio concorde dei consociati, come generalmente seguìta e perciò giuridicamente obbligatoria. In qual luogo e per mezzo di quali persone possa effettuarsi una dichiarazione giuridicamente valida della volontà comune, è questione da risolvere a seconda della costituzione particolare delle singole comunità.

Affinchè un esercizio effettivo divenga esercizio di diritto e produca l'inammissibilità giuridica di un'azione ad esso contraria, si richiede:

1) Che esso per la sua generalità e costanza sia divenuto uso dominante, sicchè un'azione dei singoli ad esso contraria, apparisca come deviazione da una regola dominante nella vita comune dei consociati. Se un determinato esercizio sia divenuto generale per la sua estensione, costante per la sua durata e quindi formi oggetto della consuetudine, è questione da risolversi nell'evenienza del singolo caso. La generalità richiesta si ottiene allorquando tale esercizio apparisce dominante nella cerchia di persone cui appunto concerne il contenuto della norma esercitata.

2) Il costume dev'essere di tal natura che il seguirlo, nella cerchia da esso dominata, si consideri come cosa giuridicamente necessaria.

La cosidetta *opinio necessitatis seu juris,* che si suol porre come requisito subiettivo per la formazione di un diritto consuetudinario, accanto al requisito obiettivo dell'esercizio di fatto, non è in alcun modo necessariamente una convinzione consciente: piuttosto essa sussiste specialmente allorquando il seguire una costumanza sembra di per sè stessa cosa affatto naturale, perchè non si pensa generalmente alla possibilità di un'azione contraria. Affinchè però il dominio della consuetudine apparisca *giuridicamente* obbligatorio, deve il suo esercizio avvenire nel convincimento che ciò sia per una cosa norma giuridica e non soltanto semplice convenienza sociale.

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod judicio populi receptæ sunt, merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes.

Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. L. 32, § 1, l. 36, D. de leg. 1, 3.

II. — Una regola di diritto vale dal momento della sua nascita, a meno che non sia espressamente stabilito un più tardo principio del suo valore. Nello stesso momento nel quale essa viene in vigore, tutte le disposizioni dell'anteriore diritto perdono in tanto di forza, in quanto son contrarie al contenuto di quella regola. Questo è il senso del principio: *lex posterior derogat priori*. Non si ha riguardo alla causa d'origine dell'una o dell'altra norma, cioè saranno private di forza tanto le esistenti consuetudini giuridiche, mediante nuove leggi ad esse contrarie, quanto le vigenti leggi per lo stabilirsi di consuetudini giuridiche ad esse repugnanti.

Se l'applicazione delle nuove norme si limiti ai rapporti giuridici *sorgenti* sotto il loro dominio o si estenda a tutti i rapporti giuridici *esistenti* sotto il loro dominio, è questione di interpretazione, per la cui risoluzione decide nel dubbio la circostanza, se le nuove norme regolano soltanto le condizioni di origine di un rapporto giuridico ovvero la possibilità ed i limiti (di tempo o di contenuto) della sua esistenza.

Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis non ad facta præterita revocari, nisi nominatim etiam de præterito tempore ad huc pendentibus negotiis cantum est. L. 7, C. de legib., 1, 14 (Theodos. II et Valentin. III).

De usuris, quarum modum jam statuimus, pravam quorumdam interpretationem penitus removentes jubemus, etiam eos, qui ante eamdem sanctionem ampliores, quam statutæ sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones, scilicet illius temporis, quod ante eamdem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos. L. 27, C. de usur. 4, 32.

IV. LA COGNIZIONE DEL DIRITTO

§ 6.

I. — L'esistenza e il contenuto del diritto non sono oggetto di una osservazione immediata, anzi la cognizione del diritto deriva dalle conseguenze tratte da fatti determinati attestanti la sua esistenza e il suo contenuto. Quei fatti, mediante i quali viene a mostrarsi esteriormente l'esistenza e il contenuto del diritto, sono gli atti della legislazione e dell'uso giuridico. Quindi ogni cognizione del diritto

deriva da una spiegazione o interpretazione talora di tali atti medesimi, direttamente osservati, talora di fatti che attestano la loro esistenza. D'onde sorge il doppio còmpito di constatare la *genuinità* e il *contenuto* della testimonianza da interpretare, cioè il còmpito della *critica* e dell'*interpretazione*. Il còmpito della critica non esiste solamente di fronte all'*attestazione storica* di un principio di diritto o di un uso come còmpito della *critica storica* comune a tutte le scienze storiche, ma anche come còmpito specificatamente *giuridico* di fronte agli atti di legislazione o di costumanza, direttamente esperimentati od attestati con sicurezza, in quanto occorra di stabilire se essi veramente soddisfino ai requisiti giuridici di una costituzione giuridicamente valida o di un'usanza produttiva di diritti. I due còmpiti della critica e dell'interpretazione non possono disgiungersi, poichè specialmente per quella è molte volte decisivo il risultato di questa; così non si può determinare se un uso abbia il carattere di consuetudine giuridica, senza riguardo al suo oggetto, e la decisione sulla genuinità di un documento storico dipende molte volte dal suo contenuto.

II. — Oggetto principale della critica, nella sua applicazione speciale alle leggi, è lo *stabilire* qual sia il *testo* della legge, oggetto dell'interpretazione è la *spiegazione* di esso testo.

Legge è il contenuto della volontà sociale espresso in parole, quindi l'interpretazione deve prender le mosse dalla dizione della legge come espressione della volontà sociale, per determinare il contenuto della volontà sociale espresso con quelle parole. Il primo mezzo d'investigazione di questo contenuto è dato dalla dizione della legge stessa. Poichè il significato di una parola come manifestazione del pensiero dipende dal significato che hanno le singole parole nel linguaggio volgare, e dal significato delle forme diverse di parole nel linguaggio giuridico e dalla loro unione in proposizioni, si rilevano dalla dizione della legge stessa quei pensieri, i quali potevano essere espressi con le parole usate. Poichè peraltro la conclusione tratta dalle parole circa ai pensieri espressi con esse non sempre offre un risultato non equivoco, perchè possono essere pensieri diversi dei quali quelle parole offrono la possibile espressione e d'altra parte la sicurezza di quella conclusione ha per condizione l'uso corretto della lingua nel testo della legge, fa d'uopo, parte per più esatta determinazione,

parte per controllare il risultato tratto dalla dizione della legge, di esaminare più ampiamente come si accosti al senso letterale della legge il senso che nella mente del legislatore *dovevano* esprimere le parole da lui usate.

Questa duplice disamina del significato possibile nel linguaggio comune e di quello da attribuirsi nei casi concreti alle parole della legge si suole designare con i nomi d'interpretazione *grammaticale* e *logica*. Il contrapposto indicato con queste denominazioni è profondo, ma non è esattamente espresso con quei nomi. Mezzi della cosidetta interpretazione logica sono tutte le circostanze che permettono di trarre una conclusione dal contenuto di quella volontà che, per le parole della legge, doveva essere espressa. Il suo risultato può stare con quello dell'interpretazione grammaticale, nel triplice rapporto di conferma, di determinazione più precisa e di correzione. Nell'ultimo caso l'interpretazione logica dà come senso delle parole della legge corrispondente alla mente del legislatore, in rapporto al senso che risulta dalle parole stesse, ora un senso *più largo*, ora uno *più stretto*, per cui si distingue l'interpretazione *estensiva* e la *restrittiva*. L'ammissibilità di tale correzione presuppone che il senso letterale della legge coincida almeno parzialmente con quello avuto in mente dal legislatore, sicchè le parole della legge possano pur sempre valere come un'espressione, sia pure approssimativa e inesatta, del pensiero del legislatore, altrimenti il risultato dell'interpretazione è semplicemente negativo, poichè l'effettivo contenuto della legge non è nè il senso letterale, come non voluto dal legislatore, nè quello pensato dal legislatore, perchè non espresso in parole.

Se l'interpretazione logica non dà alcun sicuro resultato, si dovrà preferire quello che si discosta il meno possibile sia dal senso letterale, sia dal diritto fin allora prevalso, infine l'interpretazione più benigna e quella che importa la minor limitazione della libertà individuale.

Scire leges non hoc est, verba earum tĕnere, sed vim ac potestatem. L. 17, D. de leg., 1, 3.

In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quæ vitio caret, præsertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. l. 19. eod.

In re dubia melius est verbis edicti servire. L. 1, § 20, D. de exerc. act., 14, 1.

In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est quam tutius, L. 3, D. his quæ in testam debentur, 28, 3.

III. — Dalla determinazione del contenuto immediato e dell'estensione delle singole norme la cognizione del diritto deve procedere alle conseguenze da quella resultanti: poichè un principio si comprende nel diritto, si comprendono nel diritto tutti quei principii che ne derivano per necessità logica, a meno che il loro valore non sia distrutto da altre norme in opposizione con essi. Da un principio giuridico, oltre le conseguenze proprie, derivano quelle trovate per mezzo delle due opposte operazioni dell'*analogia* e dell'*argumentum a contrario*. Per mezzo della prima dal trattamento determinato di una certa classe di casi si deduce un simile trattamento di altri casi, per mezzo del secondo un trattamento diverso di altri casi. L'*argumentum a contrario* ha luogo quando la norma, da cui deriva, vuol stabilire un diritto particolare per determinati casi, sicchè essa lascia supporre un altro diritto come proprio di altri casi non partecipi della particolare natura di quelli: l'analogia invece nel caso opposto, quando cioè una norma apparisce come applicazione di una norma più generale ai casi particolari da essa regolati, sicchè per la sua applicazione a una specie determinata riconosce quella come diritto comune a quel genere, cui tale specie appartiene. Poichè la singola disposizione o di per se stessa o soltanto in unione dell'ugual trattamento di altri casi con altre norme si fa conoscere per l'applicazione di un principio valido generalmente, l'analogia si distingue in *analogia di legge* e in *analogia di diritto*. Un caso particolare dell'analogia di legge è l'uguaglianza con cui vien trattato chi *elude* una proibizione o fa un'azione *in fraudem legis* e chi viola una tal proibizione: quando la legge disapprova un determinato scopo, in riguardo al quale essa proibisce di seguire una via determinata a quello tendente, vien considerato uguale al procedere per la via proibita dal legislatore, il seguire qualunque altra via diretta a quello scopo, benchè non sia caduta egualmente sott'occhio al legislatore e quindi non sia stata da lui in simil guisa proibita. L'analogia di legge si accosta all'interpretazione estensiva in guisa che nei singoli casi può facilmente dubitarsi se ricorra questa o quella. L'analogia di diritto invece si solleva dalla derivazione di

norme più generali da una pluralità di norme più speciali, fino alla derivazione dei principii più generali dominanti l'intero diritto dal complesso delle sue singole norme, che nella loro riunione tendono insieme a formare un sistema unico. Siccome però solamente l'unione totale del sistema del diritto palesa nella loro piena generalità i principii posti a base delle singole norme, così essa può per inverso porre i limiti di applicazione delle singole norme a causa della coesistenza di altre norme opposte ad esse. Determinandosi così il limite di valore di ciascun principio mediante il suo rapporto con tutti gli altri principii giuridici vigenti accanto ad esso, la piena intelligenza di qualunque singola norma dipende dalla conoscenza del diritto nella sua totalità.

Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. L. 29, D. de leg., 1, 3.

Cum lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat. L. 22, eod.

Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere. L. 24, eod.

PARTE PRIMA

LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO ROMANO

I. GRADI E FORME DELLA EVOLUZIONE DEL DIRITTO

§. 7.

1.— Noi distinguiamo quattro periodi dello svolgimento del Diritto romano. I due primi periodi sono quelli della origine e dell'allargamento della potenza romana, la quale nel primo periodo è potenza dominatrice dell'Italia, nel secondo diventa potenza del Mondo: il terzo periodo è quello in cui la potenza romana è stazionaria, il quarto è quello della decadenza di Roma e della divisione dell'Impero.

Nel primo periodo Roma sviluppa la sua costituzione originata dall'epoca dei re, mediante l'avvenimento della Repubblica e la parificazione delle condizioni: nel secondo periodo la Repubblica per il reggimento del Senato s'accosta in fatto all'oligarchia: nel terzo la potenza dello Stato è divisa fra il Senato e il PRINCEPS, nel quarto l'autorità del monarca ha assorbito quella del Senato.

Il Diritto romano privato, che avea radice nella religione e nella consuetudine, fu fissato come Diritto scritto dalla legge delle XII tavole, e verso la fine del primo periodo si emancipò dall'autorità spirituale dei pontefici. La persecuzione giudiziale del Diritto privato si faceva nel primo periodo nella forma della *legis actio*. Nel secondo periodo l'amministrazione del Diritto privato è nelle mani del Pretore, il quale sempre più si regola con libertà di giudizio e nel processo sostituisce alle *legis actiones*, formulate dai pontefici in stretta unione con le

parole della legge, le *formulae* da lui redatte secondo il proprio giudizio. Nel terzo periodo la giurisprudenza perviene a formazione completa: la sua autorità in secondo grado, dopo il superiore potere del *princeps*, obbliga formalmente il giudice. Nel processo civile accanto alla procedura formulare acquista sempre maggior luogo la *extraordinaria cognitio*, mediante la quale è tolta via la consueta opposizione fra la *ordinatio judicii* del magistrato e l'esame e la decisione del giudice. Nell'ultimo periodo la cognizione del magistrato è divenuta la regola, ed i magistrati stessi sono divenuti semplici organi della volontà imperiale, sicchè per l'amministrazione come per la formazione del Diritto qualunque altra autorità, anche quella dei giureconsulti, ha principio e fine in quella del principe. Nel Diritto privato e nella procedura muoiono le forme speciali romane. Il Diritto romano da diritto civile speciale dei cittadini romani è divenuto diritto mondiale, e in questa sua qualità di Diritto mondiale, che ha spogliato in grandissima parte il colore nazionale, è stato codificato da Giustiniano.

II. — Con questa evoluzione del Diritto romano da diritto civile a diritto mondiale, ha relazione la divisione fatta dai giureconsulti tra *jus civile* ed *jus gentium* cioè tra Diritto *nazionale* e Diritto *internazionale*. Come terzo membro si aggiunge da alcuni a questa divisione anche il *jus naturale*: in contrapposto al *jus gentium*, col quale altri lo identificano, questo *jus naturale* deve significare non solo un *jus* non proprio e speciale ai singoli stati, ma anteriore a qualunque origine di società giuridica positiva, a qualunque formazione di cultura umana, perchè resultato immediato della natura animale dell'uomo. Mentre il così detto *jus naturale* non è generalmente diritto efficace, come distinto dal *jus gentium*, invece il diritto delle genti era, come il *jus civile*, Diritto positivo romano; il *jus gentium*, in contrapposto al *jus civile*, proprio dei cittadini romani e nel suo valore limitato ad essi, era un Diritto comune dei Romani e dei popoli che avevano con essi relazioni commerciali, diritto proveniente dal commercio internazionale o in esso passato. Con l'estendersi dell'Impero romano su tutti i paesi partecipanti al commercio mondiale e col progressivo eguagliarsi delle differenze fra essi esistenti, divenne il *jus gentium* Diritto comune del mondo civile ossia diritto comune dell'Impero in contrapposto ai diritti particolari sia dei cit-

tadini romani dominatori, sia delle altre società facienti parte dell'impero, il cui diritto come quello dei cittadini romani constava di quei due elementi del *jus gentium* e del proprio particolare *jus civile*. Mentre il Diritto del primo periodo era un diritto specialmente italiano, vi si aggiunsero nel secondo periodo elementi cosmopoliti, specialmente per l'influenza della natura gréca. Il pareggiamento del *jus civile* e del *jus gentium*, cominciato nell'epoca imperiale, venne completato nell'ultimo periodo, poichè il Diritto romano andò sempre più spogliando il suo particolare aspetto nazionale, e come i cittadini romani divennero sudditi all'Impero, così anche il diritto proprio dei cittadini romani si confuse e si sottomise al diritto generale dei sudditi dell'Impero.

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit id ipsius proprium est vocaturque ius civile quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur Gai I. 1.

Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit, nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur; quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. L. 1 § 2-4 D. de just. et jur. 1. 1.

Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam, quae jure civili introductae sunt. L. 5 eod.

Jus civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus. L. 6. eod.

III. — Mentre il passaggio dal secondo al terzo periodo del Diritto romano coincide col passaggio dalla repubblica al principato, il passaggio all'ultimo periodo avviene in modo decisivo per la riorganizza-

zione dello Stato fatta da Diocleziano e da Costantino. All'incontro nessun determinato cangiamento nella costituzione politica contrassegna l'aurora del secondo periodo, per la qual cosa nella comune divisione in periodi suole contrapporsi piuttosto l'epoca della Repubblica, come secondo periodo del Diritto romano, all'epoca dei re come primo periodo.

Sebbene però l'epoca dei re, come l'epoca dell'origine dello Stato e del diritto speciale romano, si possa sicuramente contrapporre all'epoca del dispotismo, come a quella della scomparsa di ogni carattere speciale romano, non può per altro la nostra cognizione sicura del Diritto romano risalire a quell'epoca in cui si compiva il suo processo d'origine. All'incontro lo slancio che lo estendersi di Roma a potenza mondiale portò con sè, non solo nella posizione esterna di Roma, ma insieme e dipendentemente da questa, in tutta la natura e nel Diritto romano, è troppo importante per poter essere tralasciato in una divisione in periodi della storia del Diritto romano.

IV. — A cagione dell'andamento storico della evoluzione del Diritto romano comincia il seguente prospetto delle singole fonti del Diritto con le *leges* e finisce con le *costitutiones principum.* Noi poniamo in primo luogo la *lex* sancita dal *populus romanus,* come la più antica forma della larga formazione del Diritto conforme alla costituzione, ma non come fonte della sua prima origine, poichè non è tale nè per il diritto pubblico, dal quale essa piuttosto deriva, nè per il diritto privato, la di cui esistenza rimonta al di là dell'origine del popolo romano. Dopo e insieme alla *lex* divennero atti di legislazione in senso lato l'*edictum magistratus* e il *senatus consultum,* finchè queste autorità repubblicane del *populus,* della magistratura e del senato non furono *oppresse* dal potere degli imperatori, che in principio *concorreva* soltanto con esse. Poichè però la consuetudine, nella quale ha radice il diritto, conserva la propria importanza anche accanto al suo riconoscimento legale, e poichè *ab antico* la cura della conservazione del diritto consuetudinario e particolarmente dell'osservazione delle forme di atti giuridici nascenti da questo, come pure l'interpretazione della legge appariscono oggetto di una scienza speciale, ristretta in un picciol numero di persone, così allato agli organi della potenza sovrana o della legislazione, sta l'autorità dei giureconsulti come organo della scienza giuridica o del diritto consuetudinario e dell'applicazione della legge.

L'applicazione *pratica* del diritto, diversa dalla *giuridica* è in parte *operata dal pretore*, l'importanza della quale per la formazione del diritto si deve esaminare in unione alla *legislazione* pretoria da essa resultante, in parte *giudiciale*, la cui importanza come organo della formazione del Diritto è contenuta in quello della giurisprudenza, a causa dell'importanza regolatrice che aveva normalmente il *responsum* dei giuristi sulla decisione del giudice. Quindi avviene che nell'epoca imperiale, nella quale il *responsum* ha acquistato un valore formalmente obbligatorio pel giudice, la *sententia judicis* non vien più considerata come una vera e propria fonte del Diritto.

Jus civile... id esse quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat. Cic. top. 5.

Constat autem jus civile populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui jus edicendi habent, responsis prudentium. Gai. I. 2.

II. LE LEGES

I. CONCETTO, ORIGINE, E CONTENUTO DELLE LEGES

§. 8.

I. — La storia romana comincia, secondo la tradizione, con l'epoca dei re, in guisa che la società stessa romana apparisce come fondata dal primo re. Come creatrice dall'unità dello Stato ci si presenta quindi la potestà magistrale ossia l'*imperium*, e il concetto dell'*imperium* come il più alto potere, che normalmente si continua per la trasmissione fattane da chi l'ha fino allora avuto, è rimasto anche dopo la caduta dei re un concetto fondamentale del diritto dello Stato romano. Se però così considerato il re o come lui il *magistratus* repubblicano è un *dominatore* del popolo, la sua dominazione non è dominazione arbitraria. Non solo sta d'allato a lui il *senatus* (§ 16) come collegio consulente, ma si comporta a lui di fronte anche il *populus romanus* ossia la cittadinanza, non come una semplice somma di sudditi, ma come un tutto organico, i cui membri obbediscono a lui come al proprio capo.

Come dipendente dall'organizzazione giuridica del *populus romanus* la potenza della magistratura è pure giuridicamente limitata (*imperium legitimum*), sicchè essa non può alterare il diritto senza il consenso della cittadinanza. Da questo rapporto fra il potere dello Stato e il popolo deriva il concetto della *lex,* ossia dell'accordo fra il magistrato e la cittadinanza, accordo che si effettua per ciò, che il magistrato *legem fert* ossia sottopone un progetto di legge alla votazione della società da lui convocata a questo scopo, e il popolo così raccolto *legem accipit,* ossia mediante la sua approvazione dà forza di legge al progetto presentatole.

II. — All'interrogazione (*rogatio*) dei cittadini mediante la convocazione dei *comitia populi romani,* soleva precedere:

1° La lettura del progetto in senato allo scopo di ottenere il suo consiglio e di eventuali modificazioni. Poichè il còmpito essenziale del senato era il consigliare il magistrato, non era perciò giuridicamente impossibile il portare a effetto una *rogatio* sconsigliata dal senato, benchè di regola essa fosse tralasciata per l'alta stima del senato.

2° La pubblica divulgazione (*promulgatio*) del progetto e la sua discussione in una *contio* radunata a tale scopo, mentre nei *comitia populi romani* raccolti dipoi (spesso immediatamente) si deliberava semplicemente sulla *rogatio* del magistrato.

Per la nascita della legge non era affatto richiesta la sua registrazione, la quale avveniva in seguito nella forma di un protocollo constatante la sua accettazione. Invece in antico le leggi, per acquistare valore, abbisognavano della *patrum auctoritas,* cioè occorreva che fossero riconosciute conformi alla costituzione da parte del senato relativamente ai suoi membri patrizii (§ 16).

III. — Poichè la legge determina ciò che sia da fare o da non fare nel limite del suo valore, corrisponde a questo suo contenuto l'espressione imperativa delle sue parole. Per il singolo l'ordine della legge è parte una norma della sua propria azione, parte una norma di ciò che a lui viene attribuito dal diritto; la legge ha quindi per lui il doppio aspetto di ammaestramento e di promessa. L'ammaestramento della legge è talora un ordine di agire conforme al diritto, e, come tale, o un precetto o una proibizione; talora un'autorizzazione ad azioni giuridicamente efficaci: essa dunque dà luogo pel singolo

talvolta a un *dovere*, tal'altra a un *potere* giuridico. Dall'autorizzazione deve distinguersi il permesso che, stabilendo una facoltà, altro non è che la negazione di una proibizione; parimenti deve distinguersi dalla proibizione la negazione di una facoltà giuridica, la qual negazione toglie ad una azione efficacia giuridica.

La *lex* romana si rivolge quindi in primo luogo come ordine ed autorizzazione al singolo: le promesse, che essa fa, sono immediatamente contenute nelle autorizzazioni che essa stabilisce, poichè la legge, che ordina, contiene nella *sanctio legis* quelle disposizioni, che devono assicurare l'esecuzione dei suoi ordini e punire la loro trasgressione. Siccome dei principii giuridici formano il contenuto di questa *sanctio,* essa consiste talora nella attribuzione talora nella negazione di effetti giuridici. Le promesse positive che fa la *sanctio legis,* consistono o nell'accordare delle azioni a quelli nel cui vantaggio la legge comanda qualche cosa, o nella minaccia di pena a quelli che trasgrediscono ai suoi precetti. In applicazione speciale alle leggi proibitive i Romani secondo il grado in cui la legge opera di contro agli effetti del negozio proibito, distinguono le *leges perfectae, minus quam perfectae* e *imperfectae.* Se quell'effetto è un effetto giuridico, la legge lo può impedire totalmente e perciò come *lex perfecta* rendere affatto impossibile la violazione produttiva di effetti della sua proibizione. Se la legge non impedisce (ciò che in generale essa non può per effetti diversi che quelli giuridici) l'effetto contrario al diritto, ma minaccia pene a chi lo ha cagionato, essa è una *lex minus quam perfecta. Imperfecta* è quella *lex,* la quale non stabilisce di per sè nessuna garanzia contro la sua trasgressione. *Plus quam perfecta* chiamano i moderni quella *lex* la quale dichiara al tempo stesso inefficace e punibile il tentativo di un atto giuridico.

Legis virtus haec est imperare permittere punire l. 7 D. de legib. 1. 3.

Sanctio legum... pœnam irrogat his, qui praeceptis legis non obtemperaverint. L. 41 D. de poenis 48, 19.

Minus quam perfecta lex est quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem facit. Ulp. 2.

II. LE SPECIE DELLE LEGGI (1)

§. 9.

I. — Diverse specie di leggi nascono dalla molteplice spartizione del *populus:* dividendosi questo in *curie centurie*, o *tribù*, le leggi sono *curiatae, centuriatae* o *tributae*. Per la diversità dei magistrati dai quali prendono il nome e che le portano innanzi al popolo, le leggi sono *consulares* o *praetoriae*. Originariamente non erano considerati come *leges* i *plebiscita* o decisioni della *plebs* promosse da un *tribunus plebis:* essi più tardi vennero parificati alle decisioni dell'intero popolo.

Lex est quod populus jubet atque constituit; plebiscitum est, quod plebs jubet atque constituit; plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis: plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent, sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent, itaque eo modo legibus exaequata sunt. Gai I. 3.

II. — Nell'epoca dei re si divise il *populus romanus* nelle tre tribù dei *Ramnes* latini, dei *Tities* latini e dei *Luceres* (verisimilmente anch'essi latini) ed in 30 *curiæ*, fra le quali eran distribuite le singole *gentes*. Che anche il numero delle *gentes* fosse determinato costitutivamente (300), non ci è stato tramandato ed è appena verosimile riguardo alla natura della *gens* come unione di famiglie, natura che ci è sicuramente provata dalla sua importanza nell'epoca storica. Però come parti più importanti di questo antichissimo organismo dello Stato non ci appariscono tali naturali unioni di stirpi *(tribus)* o di famiglie *(gens)*, ma sibbene le divisioni delle *curiae* che stanno frammezzo ad ambedue. Perciò i più antichi *comitia populi romani* sono *comitia curiata,* nei quali ciascuna *curia*, e

---

(1) MOMMSEN. Ricerche ecc. (Röm. Forschungen) I, 1864 p. 134. SOLTAU. Origine e composizione delle antiche adunanze romane (Entst. und Zusaunnensetzung der altröm. Volksvers.) 1880.

dentro di questa ciascun cittadino, ha un voto. Senza prove esteriori è l'opinione che dalle curie fossero esclusi i plebei.

Oggetto dei *comitia curiata* era:

1° L'approvazione di una modificazione al Diritto proposta dal re.

2° La promessa di obbedienza al nuovo re, mediante l'approvazione della *lex curiata de imperio.*

3° Il ricevimento di quegli atti di diritto e di culto, che doveano compirsi in presenza della cittadinanza raccolta. Il *populus* assisteva qui come testimonio e i *comitia*, in contrapposto a quelli in cui segue una votazione, si chiamavano *comitia calata,* i quali erano specialmente richiesti allo scopo della inaugurazione dei sacerdoti e del ricevimento dei testamenti.

Come oggetto della votazione delle curie è altresì mentovata la decisione su una dichiarazione di guerra, come pure nel caso della *provocatio ad populum* la conferma o la cassazione di una sentenza penale: in ambo i casi però la cittadinanza decideva, solo quando il re rimettesse volontariamente la decisione al suo giudizio.

III. — La divisione Serviana del *populus* in *classes* e in *centuriae* era originariamente una divisione dell'esercito, la quale col passaggio alla repubblica acquistò importanza politica. La principal divisione era quella tra *equites* e *pedites:* i *pedites* si suddividevano in cinque classi (*classis*, da *calare,* chiamare) secondo il patrimonio e la specie di servizio militare determinata dal patrimonio stesso: come la classe dei cavalieri, ciascuna classe dei *pedites* si divideva in *centuriae,* le quali secondo la loro importanza originaria erano composte di cento uomini. Poichè questa divisione dell'esercito divenne quella del popolo intero, si attribuì a ciascuna classe un numero pari di *centuriae seniorum* e *juniorum,* e veramente la prima classe contenne 80 centurie, la seconda fino alla quarta 20 e la quinta 30 centurie. Si aggiunsero due *centuriae fabrum,* che furono attribuite alla prima o alla seconda classe, e due *centuriae cornificum et tibicinum* che furono attribuite alla quarta o quinta classe; finalmente una centuria di *capite censi,* per la cui fondazione la divisione si estese anche ai privi di patrimonio e liberi dal servizio militare. Gli *equites* si dividevano in 18 centurie. Livio, I. 42, seg. Dion. 4, 16. seg.

Il popolo riunito per centurie votava secondo l'ordine delle classi, dandosi la precedenza agli *equites,* in guisa che tutte le centurie di

una classe votavano nello stesso tempo, la votazione veniva chiusa appena che da un lato stava la maggioranza delle centurie. Poichè la scelta del magistrato, come pure la decisione su leggi, dichiarazioni di guerra e pene capitali si devolveva ai *comitia centuriata*, rimasero alle curie oltre la *lex curiata de imperio*, divenuta una formalità, soltanto gli oggetti dei *comitia calata*, i quali esistevano tanto come *curiata*, quanto come *centuriata*, e le arrogazioni.

IV. — Come la divisione della cittadinanza in *centuriae*, così pure quella in tribù *(tribus)* locali deriva dalla organizzazione dell' esercito fatta da Servio Tullio. Alle quattro tribù *urbanae* stabilite da Servio, delle quali l'importanza principale era quella di distretti di leva, si aggiunse di poi un numero di tribù *rusticae*, che andò crescendo coll'estendersi del territorio dello Stato, sicchè per la loro aggiunta il numero totale delle tribù si elevò fino a 35. Questa divisione perdè il suo carattere locale originario, in forza del quale ogni *tribus* comprendeva i cittadini dimoranti nel distretto assegnatole, per questo che la pertinenza ad una determinata tribù si acquistava ai figli, come pure per ciò che il numero delle tribù fu stabilito definitivamente e che il ricevimento di nuove comunità nella cittadinanza fu unito colla loro volontaria ascrizione ad una determinata tribù.

Questa divisione acquistò importanza politica perciò che la particolare radunata della *plebs* costituita come un proprio stato nello Stato avveniva per tribù. Con questi *concilia plebis* e con i *plebei scita* stabiliti mediante essi, non devono confondersi i *comitia tributa* sorti accanto a loro: questi erano radunate di tutta la cittadinanza per tribù. Questi rapporto ai comizii centuriati sono *comitia leviora*, ai quali spettava la elezione dei magistrati inferiori e la risoluzione dei casi criminali meno gravi, poichè a scopo della legislazione il console chiamava sia le centurie come le tribù, il pretore invece non poteva convocare che le ultime. Però anche i *plebei scita* sanciti dalla *plebs* ad istigazione di un *tribunus plebis* acquistarono la forza di *leges* efficacemente obbligatorie per tutta la cittadinanza mediante la legge *Hortensia* dell'anno 467 di Roma. Il far risalire questa decisione alla *lex Valeria Horatia* del 305 e alla *lex Publilia* del 415, deriva da una confusione dei *concilia plebis* con i *comitia tributa* veri e proprii, che probabilmente la *lex Valeria* istituì per la elezione dei magistrati e la *lex Publilia* per le *leges*.

V. — In un'epoca, della quale non abbiamo contezza precisa, le centurie si unirono con le tribù, in un modo non esattamente determinabile. Le classi e le centurie divennero perciò suddivisioni delle tribù, sicchè probabilmente ciascuna tribù comprese d'allora in poi 2 centurie di ciascuna classe, alle quali si aggiunsero le 18 centurie dei cavalieri. Liv. 1. 49. in fine.

In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium scriptum est Labeonem scribere calata comitia esse quae pro collegio pontificum habentur.

In eodem Laelii Felicis libro haec scripta sunt. Is qui non ut universum populum, sed partem aliquam adesse jubet, non comitia sed concilium edicere debet. Tribuni autem neque advocant patricios neque ad eos referre ulla de re possunt. Ita ne leges quidem proprie sed plebis scita appellantur quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt, quibus rogationibus ante patricii non tenebantur, donec G. Hortenius dictator legem tulit ut eo jure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur. Item in eodem libro hoc scriptum est: cum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse, cum ex censu et aetate, centuriata, cum ex regionibus et locis, tributa. Gell. Noct. Att. 15, 27.

III. LE SINGOLE LEGES

§. 10

I. — Le leggi più antiche, di cui ci parla la tradizione erano le cosidette *leges regiae,* delle quali esisteva una raccolta sotto il nome di *jus Papirianum.* In realtà però le norme indicate in quella raccolta non derivavano dalla volontà del re o della comunità, ma parte da costumi antichissimi del popolo, parte da precetti ed usanze sacerdotali. Parte di quelle leggi concerneva specialmente l'introduzione degli istituti fondamentali del Diritto romano, come il matrimonio e la patria potestà, i quali sono in realtà prodotti di una consuetudine anteriore ad ogni legislazione e si fanno risalire ai primi re favolosi, perchè la loro origine è anteriore a qualunque tradizione storica. Invece un'altra parte di quelle pretese leggi regie concerneva le forme del culto, le quali pure non potevano aver formato oggetto della votazione del *populus.* Non ci rimane nessuna notizia sicura delle leggi promulgate da Servio Tullio circa alle convenzioni e ai delitti, leggi che devono essere state abolite dal suo successore. *Bruns* p. 1-14.

II. — La prima legge, di cui noi abbiamo sicura notizia, è la *lex duodecim tabularum*. Questa legge fu proposta nell'anno di Roma 272 dal *tribunus plebis* C. Terentilio Arsa; fu votata dopo un'ostinata opposizione dei patrizii nell'anno 300. Dopo il ritorno di un'ambasceria inviata in Grecia a studiare il diritto straniero, furono nel 302 nominati i *decemviri legibus scribundis* nelle cui mani passò pure l'intero potere dello Stato. Anche prima che spirasse l'anno della loro carica, il loro progetto scritto su dieci tavole fu approvato dal senato ed elevato a legge dal voto delle centurie. Poichè però appariva ancora necessario un supplemento furono rieletti anche per l'anno appresso i decemviri, i quali compilarono altre due tavole. Scopo di questa legislazione fu non tanto la modificazione del Diritto, quanto la sua posizione più sicura di fronte all'arbitrio dei magistrati che lo amministrano. Il suo contenuto ci è stato tramandato soltanto in frammenti, i quali concernono nominatamente i seguenti oggetti.

A La libertà personale e l'uguaglianza fu assicurata escludendo tutte le sentenze capitali non approvate dalle centurie, garantendo il possesso anteriore della libertà, nel caso di controversia sulla libertà stessa, e proibendo le leggi vantaggiose o dannose a singoli.

B La libertà della disposizione giuridica privata fu assicurata con la garanzia accordata alle convenzioni e ai testamenti.

C I singoli diritti privati specialmente in quei punti la cui esatta determinazione era richiesta nell'interesse della sicurezza del diritto e a scanso di frodi, vennero meglio determinati, così:

1° Il dominio mediante le regole sull'usucapione e sulle limitazioni di dominio nascenti specialmente da raffronti di vicinanza.

2° Il diritto di obbligazione con l'esatta determinazione del potere del creditore sul debitore, che non soddisfaceva alla propria obbligazione.

3° Il diritto di famiglia mediante:

a) Disposizioni sulla origine della potestà maritale e la espressa proibizione del matrimonio fra patrizii e plebei.

b) Limitazione dell'abuso della patria potestà.

c) Regolamento della tutela.

4° Così pure la legge regolò la successione ereditaria.

D Un'azione punibile venne perseguitata con la minaccia.

1° Di pena capitale:

a) Per il delitto di corruzione del giudice e di falsa testimonianza, delitti che nocevano al governo della giustizia.

b) Per i delitti a tutti pericolosi di violazione di proprietà per incendio o furto notturno dei frutti del campo.

c) Per attentati all'onore altrui mediante satire.

2° La legge stabilì pene private per ingiurie, furti e determinati casi di danni arrecati.

E La legge determinò esattamente l'obbligazione alle conseguenze del giudizio insieme alle conseguen e del suo rifiuto.

F Altre disposizioni regolarono il seppellimento di cadaveri dal punto di vista della sicurezza, dell'igiene e del lusso: è invece infondata la opinione che il *jus sacrum* come tale abbia formato oggetto di disposizioni della legge. *Bruns* p. 14 seg.

III. — Rispetto alla legge fondamentale delle XII Tavole, tutte le leggi più recenti, in quanto si riferiscono al diritto privato, appariscono come tali che modificano in parti singole l'estensione della facoltà privata determinata da quella legge senza cangiarla radicalmente. La legislazione posteriore:

1° Talora ha completato le disposizioni delle XII Tavole; così estendendo alle *res vi possessae* disposizione delle XII Tavole sulla non usucapibilità delle *res furtivae*, introducendo più ampii casi di tutela, stabilendo la generale responsabilità per guasti delle cose *(lex Aquilia)*.

2° Talora ha mitigato il rigore dell'antico diritto, così fecero la *lex Canuleja* e *Poetelia*.

3° Talora infine ha ristretto l'autonomia privata accordata dalle XII Tavole. Qui accanto alle limitazioni legali, nascenti da principii economici, delle fidejussioni, delle donazioni e dei legati, si colloca la più comprensiva legge speciale dell'epoca anteriore a Cristo, cioè la *lex Julia et Papia Poppaea*. Le leggi di questa terza specie si presentano quindi come leggi eccezionali, che si discostano in determinati punti dai principii del diritto antico in vista di pratiche necessità, mentre li lasciano nel resto sussistere. Invece il progressivo ringiovanimento dei principii giuridici stabiliti, in quanto ciò abbisognava di una sanzione positiva, dopo che si istituirono gli *edicta perpetua*, fu a questi devoluto.

IV. — Soltanto una *lex* ci è pervenuta nel suo testo completo: la *lex Quintia de aquaeductibus* dell'anno 715 a. u. c. (*Bruns* p: 105 107): le più importanti iscrizioni che ci hanno conservato dei frammenti di *leges* sono:

A) Del sesto secolo di Roma.

1° La *tabula Bantina*, la quale da un lato contiene una legge osca della città di Bantia, dall'altro la *sanctio* di una *lex* romana.

2° Molti frammenti di una legge *repetundarum* e dall'altro lato di una legge agraria, cioè:

a) La *lex Acilia repetundarum*, la quale rimette ad altri magistrati un processo di concussione sollevato contro le angherie e la curruzione dei governatori provinciali e ricompensa l'accusatore vittorioso con il diritto di cittadinanza romana.

b) La più recente delle tre *leges agrariae* reazionarie, promulgate dopo la morte di Caio Gracco, la quale confermava il possesso privato degli occupanti l'*ager publicus* e gli sgravava del *vectigal* loro imposto dalla precedente *lex Thoria*.

B) Dell'ottavo secolo di Roma.

1° La *lex Rubrica de Gallia Cisalpina:* essa regola l' esercizio della giustizia civile nella Gallia Cisalpina, dopo che Cesare (705) ebbe ad essa accordato la cittadinanza e prima che Augusto la avesse congiunta all'Italia (712).

2° Due frammenti (di un populiscito greco di Eraclia e dall'altro lato) della *lex Julia municipalis* promulgata da Cesare (709) che regolava parte la costituzione dei municipii, parte la polizia della capitale.

3° Del nono secolo di Roma insieme alla *lex de imperio Vespasiani* si sono ritrovate nella seconda metà di questo secolo in Spagna e in Portogallo varie *leges datae* o ordinamenti di comunità emanati mediante ordine del magistrato in forza di un'autorizzazione legale (come v'era in generale pel *princeps*), cosi i frammenti:

a) Della *lex Coloniae Genetivae Juliae* ossia del diritto romano della colonia latina fondata in Urso da M. Antonio nel 710 per volontà di Cesare.

b) Del diritto di latinità concesso da Domiziano a Salpensa e Malaca.

c) Un frammento della *lex Metalli Vipascensis* o costituzione di un distretto di miniere verso la fine del primo secolo dell'E. V.;

la qual legge stabilisce particolarmente il monopolio relativamente alle industrie esercitate nel suo distretto.

Queste e altre iscrizioni insieme alle notizie sul loro scoprimento e sul luogo dove si conservano ci dà *Bruns*, p. 45 seg.

III. LA JURISDICTIO.

I. LA MAGISTRATURA GIUDICANTE.

§ 11.

I. — L'influenza della magistratura sulla formazione del Diritto non si esauriva nella partecipazione di essa alla legislazione popolare: era anzi di grandissima importanza l'amministrazione indipendente della magistratura giudicante, la quale non soltanto presiedeva all'amministrazione della giustizia secondo il proprio parere nei limiti determinati dalle leggi, ma in cotesta sua qualità dava essa stessa opera alla legislazione.

II. — Mentre in origine la giurisdizione civile era parte integrante dell'*imperium* regio e di quello consolare che da esso ebbe origine, nell'anno 387 di Roma con una *lex Licinia* si aggiunse ai due consoli un terzo collega di grado inferiore in modo che a lui esclusivamente fosse affidata la direzione del processo civile ed egli avesse i diritti dei consoli solo in loro rappresentanza. In contrapposto ai consoli come sostegno dell'*imperium militiae*, questo rappresentante della magistratura civile si chiama *praetor urbanus:* mentre il potere di ciascun console è identico a quello dell'altro console, la concorrenza dei consoli riguardo alla *jurisdictio* del pretore è limitata al diritto di intercessione che essi hanno in forza della loro *major potestas* e alla *jurisdictio voluntaria* o cooperazione del magistrato ai negozii giuridici che spetta ugualmente anche a loro.

Un secolo e mezzo più tardi si aggiunse un pretore appositamente per la direzione di quei processi nei quali o l'una delle parti o tutte erano prive del diritto di cittadinanza *(peregrinus)*.

In contrapposto a questo, che fu detto *praetor peregrinus*, si designò d'allora in poi col nome di *praetor urbanus* specialmente quello *qui jus inter cives dicit*, e il titolo di *praetor*, che in origine com-

prendeva anche i consoli, divenne il nome particolare di quei *praetores minores*. Il numero di essi fu portato a sei per l'aggiunta di quattro pretori provinciali; Silla, dopo il quale i pretori come i consoli finito l'anno della loro carica andavano nelle provincie *pro magistratu*, lo portò fino ad otto e Cesare fino a 16. Si distinse in modo duraturo la competenza del console da quella del pretore per questo, che a ciascun pretore era affidata una data cerchia di affari a lui toccata con la *sortitio provinciae*. La giurisdizione civile rimase al *praetor urbanus* e al *praetor peregrinus:* agli altri pretori fu affidata la direzione delle *quaestiones perpetuae*, o commissioni giudicanti permanenti, le quali da Silla in poi si stabilirono come tribunali criminali ordinarii in luogo dei comizii.

III. — In luogo del pretore, due *edili curuli* insieme alla polizia del mercato e delle strade, affidata agli edili, hanno la giurisdizione:

1° sulle cose del traffico degli schiavi e dei bestiami, come pure;

2° contro chi pone in pericolo la pubblica sicurezza conducendo animali pericolosi in luoghi pubblici.

IV. — Nelle provincie la giustizia civile con tutta la potestà di comando è riunita nelle mani dei governatori *(praesides provinciae)*. — Il governo della provincia, che prima era come un'estensione di una carica cittadina oltre il tempo che le spettava, divenne una carica a sè, sicchè sotto l'impero il titolo di *proconsul* e *propraetor* non significa più la proroga del potere d'ufficio, ma la magistratura provinciale come tale in confronto alla magistratura cittadina. *Pro consule* è d'allora in poi il governatore di una provincia del senato, il quale non ha nessuno superiore a sè, *pro praetore* è il governatore di una provincia imperiale, il quale, come mandatario dell'imperatore, è *legatus Augusti*.

II. LA MAGISTRATURA NELL'AMMINISTRAZIONE DEL DIRITTO.

§ 12.

L'origine del Diritto pretorio o magistrale è nata dall'amministrazione pretoria del Diritto, ossia dalla *jurisdictio*. Questa però non è affatto identica con la pronunzia del Diritto. — Come funzione speciale del magistrato per Diritto romano non si presenta già la trattazione e la decisione delle controversie giuridiche, le quali anzi di

regola, in forza di una disposizione del magistrato, sono rimesse a privati, ma bensì l'*ordinatio judicii* o l'ordinazione di un esame e decisione giudiciale, per mezzo della quale ordinazione viene definito il rapporto controverso e stabilita la competenza del giudice a decidere su quello con efficacia giuridica. Secondo il più antico procedimento delle *legis actiones*, questa determinazione della controversia si faceva non *dal* magistrato ma *innanzi* al magistrato dalle parti stesse, a mezzo di formule redatte dai pontefici in concatenazione alle parole della legge. Però nel corso del secondo periodo una *lex Aebutia*, di epoca incerta, tolse vigore alle *legis actiones* nella più gran parte dei processi, sicchè ormai l'*ordinatio judicii* avveniva in una forma scelta dal magistrato secondo il proprio avviso. In luogo della *legis actio*, che si pronunziava a voce dalle parti con parole solenni, si ebbe allora la *formula* redatta in iscritto secondo il libero suo giudizio dal magistrato, *formula* che elegge il giudice e determina tanto la questione a cui deve rispondere quanto le conseguenze pratiche, ch'egli deve trarre dalla sua affermazione o negazione. Perciò non veramente l'esistenza del Diritto, ma sibbene la garanzia dell'aiuto dello Stato alla riuscita di esso era divenuto l'oggetto dell'imperio, esercitato liberamente dal magistrato in forza della propria pienezza di potere, poichè non soltanto la concessione della *formula* dipendeva dal magistrato, ma anche, nel caso di un riconoscimento giudiziale del diritto reclamato dall' attore, la condanna del convenuto nasceva non tanto dal diritto dell'attore, come tale, quanto dalla *formula* che la stabiliva per il caso della sua esistenza. Il magistrato era certamente tenuto all'osservanza del Diritto vigente; però il valore della norma giuridica fissata dalla legge o dalla consuetudine non era in Roma considerata come norma assoluta. Poichè anzi la regola elevata a principio giuridico dalla votazione della cittadinanza o dall'esercizio di fatto dei cittadini appariva piuttosto come espressione della coscienza giuridica del popolo romano, il magistrato, chiamato dalla fiducia della cittadinanza ad amministrare il Diritto e riconosciuto per ciò come rappresentante della coscienza sociale romana, aveva il doppio còmpito non soltanto di osservare il Diritto, come espressione della coscienza giuridica generale e di determinarsi secondo quello, ma altresì di intendere e di interpretare quella espressione della coscienza popolare col mezzo della propria coscienza giuridica. Ivi era però contenuto il più largo còmpito

di *emendare* la regola del Diritto secondo la coscienza giuridica generale vivente nella propria, in quei casi ove la sua applicazione fosse repugnante a questa coscienza, come pure di *supplire*, in quei casi pei quali non si era ancora formato una regola, alla decisione non data da alcuna norma del Diritto con quella suggeritagli dal proprio sentimento giuridico.

III. GLI EDICTA MAGISTRATUUM.

§ 13.

I. — Editti dei magistrati sono quelle pubbliche divulgazioni di un magistrato, le quali avvengono per servire di regola a chi è riguardato nel loro contenuto. In contrapposto agli editti emanati per singole occasioni determinate (*edicta repentina*), si chiama *edictum perpetuum* la proclamazione, che un magistrato fa nell'entrare in carica, di quelle norme secondo le quali egli pensa di esercitare il proprio ufficio. Perciò di fronte alla legge, che in primo luogo ordina, l'editto ha aspetto di una promessa. Con la introduzione di tali *edicta perpetua* i magistrati giudicanti giunsero progressivamente non più soltanto a correggere e completare nei singoli casi le regole giuridiche, ma a stabilire regole proprie per l'applicazione del Diritto, da loro dominata. Ciò era da lato di chi emanava l'editto non tanto un'usurpazione del potere legislativo, quanto piuttosto un atto limitativo dei proprii poteri, poichè il magistrato con la pubblicazione del suo editto perpetuo prometteva di uniformarsi al suo contenuto: egli fu legalmente obbligato a ciò da una *lex Cornelia* (682 di Roma).

II. — In contrapposto alla legge (*lex*) sancita dalla cittadinanza ed obbligatoria per qualunque cittadino come tale, l'*edictum* del magistrato era obbligatorio soltanto per l'amministrazione della giustizia dell'edicente stesso, e per le sentenze dei giudici nominati da lui. Perciò la differenza principalissima fra l'editto e la legge propriamente detta consisteva in ciò, che quello non poteva modificare il Diritto in sè, ma dominava semplicemente l'applicazione pretoria e giudiciale del Diritto (*praetor jus facere non potest*). Però questa signoria dell'applicazione del Diritto in contrapposto al dominio della legge era anche limitata, poichè essa non imperava al di là del potere conferito all'edicente dalla sua carica, nè dunque poteva estendersi oltre le

attribuzioni e la durata dell'ufficio. Quindi le regole dell'editto erano quasi poste in via d'esperimento e provvisorie: le disposizioni, che non erano provate, cadevano in breve tempo di per sè stesse; quelle invece, che nella pratica degli antecedenti magistrati erano state esperimentate, acquistavano valore duraturo, mediante la ripetizione loro negli editti dei successori (*edicta tralaticia*). Che però il magistrato nel mantenere o nel lasciar cadere le disposizioni esistenti e nell'introdurne di nuove (*nova edicta*) procedesse con la necessaria circospezione, era segnatamente garantito dalla circostanza che egli stesso doveva riconoscere la regola da lui stabilita, sicchè il suo proprio interesse richiedeva nello stabilirle la massima cautela. Per tal modo la revisione periodica delle norme dirigenti l'amministrazione della giustizia, effettuandosi mediante l'editto, giovò notevolmente al duplice bisogno della riforma e della continuità del Diritto.

III. — Col passaggio al principato, la giurisdizione dei magistrati repubblicani non fu veramente tolta, ma privata della sua antica importanza per la giurisdizione del principe che concorreva con essa e le era superiore. In conseguenza di questa subordinazione della loro giurisdizione alla giurisdizione imperiale, i magistrati non poterono più modificare i principii prescritti per il tempo della loro carica in virtù di proprii pieni poteri. La giurisdizione dei magistrati perdè con ciò la sua importanza sulla formazione del Diritto e l'annuale rinnovazione dell'*edictum perpetuum* divenne una formalitá naturale.

Parimente con il progressivo diminuire del contrapposto fra i cittadini e i sudditi come fra l'Italia e le provincie, andò via via perdendosi la diversità degli editti pubblicati dai diversi magistrati giusdicenti ordinarii. Questa evoluzione trovò la sua fine sotto Adriano, poichè questi fece dal giureconsulto Salvio Giuliano redigere i contenuti dei diversi editti in un solo testo, al quale dovevano per l'avvenire attenersi i magistrati, sicchè veramente anche dopo ciascuno magistrato pubblicava il suo proprio editto al momento che entrava in ufficio, ma il contenuto di esso era già determinato una volta per sempre. Con ciò il contenuto dell'editto divenne realmente Diritto stabile e generale. Il Diritto nato dall'amministrazione dei pretori e stabilito con gli *edicta perpetua*, fu contrapposto come *jus honorarium*, al *jus* civile, cioè al Diritto sancito della stessa cittadinanza o stabilito per disposizione di altre autorità.

Jus autem civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit. Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem pubblicam: quod et honorarium dicitur ab honore praetorum sic nominatum. Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis. l. 7. 8. D. de ju. et jure I. 1.

IV. — Il testo degli *Edicta perpetua* ci è stato trasmesso soltanto in frammenti e veramente il testo degli Editti anteriori a Giuliano affatto smembrato (specialmente in Cicerone), quelli dell'Editto di Adriano in gran parte mediante i commentarii (specialmente di Ulpiano) all'Editto, sparsi qua e là nei Digesti Giustinianei e che offrono molti punti di partenza per la ricostruzione, anche là dove manchi il testo dell'Editto.

(Il più recente e miglior tentativo di ricostruzione è quello del Lenel *Das Edictum Perpetuum*). Innanzi a lui il migliore tentativo era quello del Rudorff. *De jurisdictione edictum, Edicti perpetui quae reliqua sunt,* 1869. Il Bruns (p. 165 seg.) ci dà una raccolta di quei passi il cui testo ci rimane ancora.

IV. LA GIURISPRUDENZA.

I. LA CONDIZIONE DEI GIURECONSULTI.

§ 14.

I. — La caduta dei re ebbe per conseguenza non solo il passaggio dell'*imperium regium* in una pluralità di magistrati, che si cangiavano annualmente, ma anche la separazione del potere temporale dallo spirituale, prima riuniti ambedue nella persona del re. Mentre quello passò nei consoli, il secondo si concentrò nella persona del *pontifex maximus,* che d'allora in poi divenne il capo del collegio dei *pontifices* già esistenti sotto i re, e questo collegio fu quello nel cui seno nacque e si propagò la scienza del Diritto e l'arte di applicarlo, sia per la primitiva concatenazione fra il diritto e la religione, che solo a poco a poco si dissolvè, sia a cagione della continuità, che appunto distingueva dalla magistratura secolare il pontificato, ufficio a vita derivante dalla propria scelta del collegio.

Speciali attribuzioni dei pontefici erano: regolare il calendario, formulare le *legis actiones*, mediante le quali nominatamente si effettuava l'affermazione del Diritto in giudizio, prender parte a molti dei più importanti atti giuridici, come il matrimonio, l'arrogazione, la testamentifazione, ed infine ancora dare pareri giuridici.

Col pontificato rimase perciò la scienza giuridica in mano dei pontefici. La cognizione del tempo e delle forme destinate all'amministrazione del Diritto fu resa accessibile generalmente nell'anno 450 di Roma mediante la pubblicazione del calendario giudiziario, e di una raccolta di formule, come pure un mezzo secolo più tardi anche l' acquisto dell'istruzione giuridica, mediante il primo *pontifex maximus* plebeo *Tiberius Coruncanius*. La prima pubblicità del Diritto, desiderata da secoli, fu con ciò estesa nel senso che ognuno aveva la possibilità di richiedere nei singoli casi una persona istruita nel Diritto (*juris peritus*).

Invece il possesso esclusivo della scienza del Diritto rimase di fatto alle classi dominanti: durante tutto il tempo della Repubblica si acquistava con l'assistenza all' esercizio della pratica giuridica: sicchè l'acquisto ne era condizionato alla dimestica socievolezza con un *juris consultus*.

Et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis. Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba ejus... librum populo tradidit. L. 2 § 6. 7 D. de or jur. 1, 2.

(Cn. Flavius) civile jus repositum in penetralibus pontificum evulgavit fastosque circa forum in albo proposuit ut quando lege agi posset sciretur. Liv. 9, 46.

Ex omnibus, qui scientiam nancti sunt, ante Tiberium Coruncanium publice professum neminem traditur. l. 2 § 36 D. de or. jur. l. 2.

II. — Il pratico ufficio del giurista era quello duplice di *respondente* e di *cavente*. Poichè infatti la carica di giudice in generale non formava oggetto di una professione speciale, e d'altra parte il patrocinio delle parti in giudizio era affidato all'oratore piuttosto che al giureconsulto, si presentava come cômpito speciale del giurista.

1° L'*interpretatio*, ossia l'applicazione del Diritto ai casi concreti sottoposti alla giuridica risoluzione di esso giurista. Il *responsum* dato nell'esercizio di tale ufficio riceveva la sua importanza, circa

alla decisione del caso esaminato, sostanzialmente dall'autorità personale del respondente.

2° Oltre il dar pareri giuridici era ufficio del giureconsulto la partecipazione ai negozii giuridici, allo scopo di formularli in modo sia corrispondente il più possibile all'intenzione delle parti, sia giuridicamente corretto. Questa attività, che, di fronte alla decisione di *facta* avvenuti, si presenta come diretta a configurare conforme alla natura della cosa e in forma esatta *facta* giuridicamente efficaci, prende dalla cautela che in essa si richiede il nome di *cavere*.

III. — Una sostanziale mutazione della posizione dei giureconsulti si fece sotto il principato. Poichè l'importanza attribuita ai pareri giuridici dati da essi dipendeva dalla loro personale considerazione, dovè sembrare al *princeps* che ripeteva la sua propria posizione dall'autorità personale, che fosse pericoloso il riconoscere accanto alla sua propria autorità un'altra autorità personale indipendente da quella. Augusto perciò stabilì che i Giureconsulti dovessero rispondere *ex auctoritate principis*, mediante la qual disposizione egli da un lato subordinò la loro autorità alla propria e dall'altra parte la rese obbligatoria pel giudice, ove non si desse il caso che più responsi contraddicessero l'uno all'altro. L'influenza, che per la natura della cosa esercitava l'applicazione giudiciale del Diritto sulla sua formazione, viene con ciò riconosciuta ai *responsa* dei giuristi, poichè d'ora innanzi questi dominano la pratica giuridica non per l'influenza che loro è volontariamente attribuito dal giudice, ma in forza di una necessità giuridica. È ingiustamente controversa la limitazione di questa forza obbligatoria formale al *responsum* dato pei singoli casi, che doveva esser consegnato suggellato al giudice, ma non abbisognava di motivazione. Invece si capisce da sè, che come le decisioni emanate da una autorità, così non solo i responsi, ma anche le opinioni esposte nei loro scritti da giureconsulti rinomati esercitavano una grande influenza su tutta la pratica giudiciale.

Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit; posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat. Et ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant aut testabantur qui illos consulebant.

Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent. Et ex illo tempore peti hoc suo beneficio coepit; et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit iis: hoc non peti, sed praestari solere; et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se, si populo ad respondendum se praepararet. L. 2 § 48, 49. D. de or. jur. 1. 2.

Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet: si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi. Gai I. 7.

IV. — Poichè, dopo Adriano, l'imperatore stesso impartiva mediante *rescripta* decreti giuridici, i cui autori erano i giureconsulti da lui chiamati a far parte del suo *consilium*, perciò le autorità giuridiche, da uomini di fiducia dell' imperatore, divennero uffiziali imperiali, dinanzi alla cui attività al servizio del principe cessò a poco a poco il valore privato dei giureconsulti indipendenti.

Poichè sulla seconda metà del terzo secolo dopo Cristo la giurisprudenza classica e la vera intelligenza delle sue creazioni andò perdendosi, d'allora in poi la Giurisprudenza dominò ancora la pratica solo per mezzo della letteratura giuridica, lasciata dal tempo passato, l'autorità della quale si cangiò da un'autorità scientifica in quella di una costituzione positiva.

II. LA LETTERATURA GIURIDICA.

§ 15.

I. — Inaugurarono l'epoca della letteratura giuridica i *Tripertita* di *Sextus Aelius Catus* (console nel 556 di Roma), i quali contenevano nella prima parte le *leges* o norme del Diritto, nella seconda l'*interpretatio* o applicazione del Diritto, nella terza le *legis actiones* cioè le forme dei negozii giuridici e degli atti giudiziali. In sostanza abbiamo qui ancora da fare con una semplice raccolta della materia, la quale però non impedisce una certa lavorazione per esempio intorno alle *leges* con l'esclusione dei passi caduti in disuso e con l'inserzione di nuove modificazioni, ovvero circa alle formule usate nei negozii con modificazioni od aggiute.

Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et extat illius liber, qui inscribitur Tripertita; qui liber veluti cunabula juris continet. Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita jungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio. l. 2, § 38 de or. jur. l. 2.

II. — Il primo, che si propose il còmpito di manipolare la materia del Diritto mediante la classificazione in un sistema, fu *Q. Mucius Scaevola* (console nel 637 di Roma). Insieme alla materia del Diritto venne ora ad acquistare importanza anche la forma in cui essa deve trattarsi dal punto di vista della scienza e dell'arte, nella qual cosa fu grandissimo maestro *Servius Sulpicius Rufus* (console nel 703), scolare di Scevola e famoso anche come oratore. Insieme sorse il più largo compito di tener calcolo in un'opera della evoluzione effettuatasi relativamente alla materia del Diritto, perciò, che la più importante sorgente sua era divenuto l'editto pretorio in luogo delle dodici tavole. A soddisfare questo còmpito si accinse *Aulus Ofilius*, discepolo di Servio, il quale *primus edictum diligenter composuit:* egli fu anche il principale consigliere giuridico di Cesare.

Quintus Mucius, Publii filius, pontifex maximus, jus civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo. L. 2 cit. § 41.

Existimo juris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno (Servio), quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre deinde distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa judicarentur, et quae quibus positis essent quaeque non essent consequentia... Adjunxit etiam et litterarum scientiam et loquendi elegantiam. Cic. Brutus. 41. 42.

Aulus Ofilius... fuit Caesari familiarissimus et libros de jure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent, reliquit. De jurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter conposuit. l. 2 cit. § 44.

III. — Sotto i primi imperatori vissero due giureconsulti, la cui autorità si affermò come regolatrice per più d'un secolo: *M. Antistius Labeo* e *Massurius Sabinus*. Poichè Labeone sotto Augusto si tenne lungi dagli affari per le sue opinioni repubblicane, egli fu il primo giureconsulto romano, che si applicasse totalmente alla scienza e all'insegnamento del Diritto: e vivificò la prima specialmente giovandosi, nella giurisprudenza, dei suoi varii e vastissimi studii.

Però come primo fondatore di una propria scuola di Diritto ci si presenta Sabino, il quale, uscito da bassa condizione, venne sotto Tiberio nel possesso del *jus respondendi;* nelle sue opere rivolse principalmente la sua mira alla tradizione del *jus civile* in stretto senso, per il cui studio i suoi *libri tres juris civilis* solevano servir di guida ai giureconsulti posteriori. Accanto e contro alla scuola fondata da Sabino, e da lui chiamata dei *Sabiniani,* o anche dei Cassiani da *C. Cassius Longinus* successore di Sabino in quell'ammaestramento, sorse quella dei *Proculeiani* o *Pegasiani,* così chiamati parimente dal nome dei loro due primi maestri. I Proculeiani contrapponevano all'autorità di Sabino quella di Labeone, come la massima autorità della loro scuola; essi facevano rimontare a lui la loro scuola mediante l'interposizione di *M. Cocceio Nerva* (console il 22 di Cristo) scolare di Labeone e maestro di Proculo. Poichè pertanto la tradizione designava *C Atejus Capito,* contemporaneo di Labeone, come oppositore politico e scientifico di questo, si univa con il tradizionale risalire di una scuola a Labeone, il risalire della scuola opposta a Capitone, il quale per la sua effettiva importanza rimaneva molto inferiore tanto a Labeone, quanto a Sabino.

Labeo Antistius juris quidem civilis disciplinam principali studio exercuit et consulentibus de jure publico responsitavit, (set) ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit et in gramaticam sese atque dialecticam literasque antiquiores altioresque penetraverat latinarumque vocum originem rationesque percalluerat eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. — In quadam epistola Atei Capitonis scriptum legimus Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani jurisque civilis doctum adprime fuisse. Sed agitabat, inquit, hominem libertas quaedam nimia atque vecors, tamquam eorum, divo Augusto jam principe et rem publicam obtinente, ratum tamen pensumque nihil haberet nisi quod justum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset. — Gell. Noct. Att. XIII 10, I. 12, 1, 2.

IV. — La scienza classica del Diritto cominciata con Labeone giunse al suo apogeo con Salvio Giuliano, incaricato da Adriano della redazione dell'Editto; costui, come il suo più vecchio contemporaneo *P. Iuventius Celsus* (il figlio) Proculiano eccellente per acutezza di pensiero e di espressione, scrisse sotto il nome di *Digesta* una compendiosa compilazione, secondo l'ordinamento dell'Editto pretorio, di tutto

il Diritto che trovava applicazione nei giudizii civili. Fra i più giovani giureconsulti dell'epoca d'Adriano si segnalò come scrittore casuistico *S. Caecilius Africanus* con i suoi libri *IX quaestionum*, la cui difficoltà è divenuta proverbiale. Sotto Antonino Pio e Marco Aurelio si diede esclusivamente all'insegnamento del Diritto il Sabiniano Gaio (l'ultimo, nella cui persona ci si mostri ancora il contrapposto delle scuole) fra i cui scritti utili tanto alla pratica quanto alla scuola si annoverano insieme all' ultimo Commentario delle XII Tavole le prime *Institutiones.* Mentre Gaio non fu tra i giureconsulti stimati dall'epoca sua, nell'ultimo periodo acquistò una grandissima autorità, e per noi è di particolare importanza, come l'unico giureconsulto romano, di cui ci è rimasto un libro quasi completo.

V. — Col principio del terzo secolo dell'êra volgare comincia la decadenza della scienza del Diritto. Però ugualmente in questo tempo ella ebbe il più grande dei suoi cultori, dopo Labeone e Giuliano, in *Æmilius Papinianus* il qùale univa alla più rigorosa rettitudine di opinione la più profonda e sicura intelligenza del Diritto. Dopo Papiniano i più influenti giureconsult furono *Domitius Ulpianus* e *Julius Paulus,* che, come lui, rivestirono la maggior carica dell'impero, quella di prefetto del pretorio: ambedue composero dei vasti Commentarii tanto *ad Sabinum*, quanto *ad Edictum.* I *Digesta* giustinianei sono composti per circa un terzo di scritti d'Ulpiano che sono chiari e intelligibili, e per circa un sesto di scritti di Paolo, che si comprendono con difficoltà. L'ultimo giurista classico fu uno scolare di Ulpiano, *Herennius Modestinus,* autore di una opera analoga ai Digesti col titolo di πανδέκτης o *Pandectae,* che egli introdusse pel primo nella letteratura giuridica.

VI. — La letteratura giuridica ci rimane principalmente in frammenti di quegli autori di cui è formato il Digesto di Giustiniano: però in essi è spesso modificato con *interpolazioni* il testo originario. Molto meno importanti sono quelli estratti, che son contenuti in altre raccolte del quarto periodo. Come opere complete ci sono state tramandate soltanto le seguenti:

1° *Gai Institutionum commentarii quatuor* i quali fino a questo secolo eran da noi conosciuti soltanto in quella rimanipolazione (in due libri) nella quale essi erano incorporati alla *lex Romana Visigothorum* (§ 18) ed indirettamente mediante le istituzioni di Giusti-

niano che spesso li riproducevano letteralmente. Però un manoscritto quasi completo di tale opera fu nel 1816 scoperto dal *Niebuhr* nella biblioteca del capitolo del Duomo a Verona; dalla nuova revisione di esso fatta dallo *Studemund* derivano le più recenti edizioni.

2° *Ulpiani liber singularis regularum:* lo possediamo in un manoscritto che ora si trova nel Vaticano, però incompleto e non in originale, ma in un compendio.

3° *Julii Pauli libri quinque sententiarum:* li possediamo nel compendio, da completarsi in parte con altre fonti, nel quale essi vennero riportati nella *lex Romana Visigothorum*.

V. IL SENATO.

§ 16.

I. — Accanto al *rex* e al *populus* formava una terza parte integrale della più antica costituzione romana il *Senatus*. Esso stava d'allato al re come *consilium regium*, cioè come un collegio consulente, i cui singoli membri creava veramente il re di proprio capriccio, però in modo che il numero dei senatori fu limitato secondo la costituzione da prima a 100 poi a 300 membri.

Romulus patrum auctoritate consilioque regnavit. Cic. Rep., 2, 8.

(Romulus) centum creat senatores... Patres certe ab honore, patriciique progenies eorum appellati. Liv. I, 8.

II. — Di fronte al magistrato repubblicano, che si cangiava ogni anno, ci si presenta prevalente la potenza del Senato come collegio stabile. Poichè in seguito anche i plebei acquistarono la capacità di esser senatori, senza però esser messi a parte di tutti i diritti dei senatori patrizii, si ebbe un Senato più ampio ed uno più ristretto composto di soli patrizii. A quest'ultimo, cioè ai *patres*, rimase particolarmente attribuita la ratifica delle deliberazioni popolari mediante l'interposizione della *patrum auctoritas;* dipoi questa si ridusse ad una mera formalità per una legge *Publilia* dell'anno 415 di Roma, la quale prescrisse la sua approvazione anteriore. La nomina dei senatori fu sottratta all'arbitrio del magistrato mediante una *lex Ovinia* (del 4° secolo di Roma), la quale obbligò i censori, da essa incaricati della

lectio senatus, a scrivere nella lista dei senatori chiunque avesse esercitato un ufficio pubblico dalla questura in su, ove non si fosse reso indegno di sedere in Senato.

Ut reges sibi legebant sublegebantque quos in consilio publico haberent, ita post exactos eos consules quoque... coniunctissimos sibi quoque patriciorum et deinde plebeiorum legebant, donec Ovinia tribunicia intervenit, qua sanctum est, ut censores ex omni ordine optimum quemque... in senatum legerent. Fest. s. v. Præteriti.

III. — Negli ultimi tempi della Repubblica il Senato divenne di fatto un vero e proprio collegio dirigente. Relativamente alle leggi esso, oltre il diritto di esaminarle avanti, esercitava anche la facoltà di dispensare dalla loro applicazione e dal suo seno esclusivamente vennero scelti i *judices,* fino alla *lex Sempronia judiciaria* del 632 ab u. c.

IV. — Dopo Augusto il potere pubblico si divide fra il *princeps* e il Senato come rappresentante del *populus* di cui tien luogo, poichè quello non suole più radunarsi. Allora sorge pure un *ordo senatorius* ereditario e la nomina dei senatori è rimessa all'imperatore, di fronte al quale il Senato perdè completamente la sua indipendenza nel terzo secolo dell'êra volgare. Dopochè si stabilì la monarchia assoluta la competenza del Senato romano, a cui se ne aggiunse un secondo in Costantinopoli, si limitò all'amministrazione della capitale.

V. — I *senatus consulta,* secondo il loro contenuto ed importanza originaria, sono una sorta di consigli che il Senato impartisce al popolo o ai magistrati. Però in conseguenza dell'effettiva autorità del Senato non soltanto un progetto di legge sconsigliato da quello non veniva per regola presentato al popolo, ma i suoi pareri, nei limiti dell'amministrazione, tenuta dai magistrati sotto il suo controllo, acquistarono l'importanza di istruzioni obbligatorie, mediante le quali il Senato dominava la sfera dell'amministrazione e della giustizia amministrativa. Caduta poi in dissuetudine, nell'epoca dei *principes,* la presentazione delle leggi al popolo, l'approvazione del Senato ad un progetto, da semplice raccomandazione di esso, ne divenne approvazione con forza giuridica; sicchè il *senatus consultum* divenne oramai uguale alla *lex.* Comprendendosi da sè sempre più che le proposte imperiali erano approvate dal Senato, dal terzo secolo dell'êra volgare

in poi scomparve affatto quest' approvazione, divenuta ormai una semplice formalità: invece fino agli ultimi tempi la recitazione in Senato rimase una delle forme solenni per annunziare la volontà dell'imperatore.

Senatus consultum est, quod senatus jubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuerit quæsitum. Gai. I, 6.

VI. IL PRINCEPS.

§ 17.

I. — Ciò che si chiama comunemente il tramonto della Repubblica romana non è veramente un cangiamento della forma repubblicana dello Stato nella forma monarchica, piuttosto il potere sovrano del *princeps*, dal cui sorgere si fa datare la fine della repubblica, non è un potere monarchico nè per l'estensione sua, nè per la base giuridica da cui ripete la sua esistenza. Il titolo di *princeps* designa il dominatore come il primo cittadino, il quale domina gli altri concittadini non come persona collocata fuori e sopra la cittadinanza, ma in virtù della fiducia che la cittadinanza accorda a lui come al più autorevole e potente suo membro. Perciò l'autorità del *princeps* non usurpa già il luogo delle autorità costituite, ma sta accanto a quelle: sicchè divideva la facoltà regolatrice con quelle, le quali bensì trovavansi ugualmente sotto alla sua potenza e alla sua influenza. Coll'andare del tempo attribuendosi sempre più al Senato i diritti del popolo, d'allora in poi il potere pubblico ci si presenta diviso fra il Senato ed il principe. Come parti principali della potenza del *princeps* si presentano da un lato l'*imperium* proconsolare da lui assunto per volontà del Senato e dell'esercito; dall'altro lato la *potestas tribunicia* a lui attribuita dal *populus*. Poichè la posizione del principe riuniva in sè varie competenze fin allora spettanti a diverse autorità, anche le decisioni del *princeps* in materia di diritto, cioè le *costitutiones principum* avvenivano in forme del tutto appartenenti al diritto fino allora valso, la di cui applicazione però, spettante in origine a varie autorità, si concentra ormai nelle mani del principe.

II. — Il principe aveva:

1) La facoltà di radunare i comizii in forza della *tribunicia potestas;* però dopo Tiberio sono proposte alla cittadinanza solo di tanto in tanto le *leges*. Inoltre la legge, che conferiva al principe la *tribunicia potestas* (cosidetta *lex de imperio* o *lex regia*), lo autorizzava a rilasciare delle ordinanze *(leges datæ)* con forza di legge, le quali avevano per oggetto la concessione della cittadinanza e dei diritti di un nato libero, come pure la concessione di costituzioni e statuti municipali.

2) Dall'espressa autorizzazione della legge nasceva la facoltà del principe di convocare il Senato e di fare in esso proposte o lasciarne fare ad esso. In forza della effettiva dipendenza del Senato dal principe, l'*oratio principis in Senatu habita* acquistò a poco a poco il carattere di immediata fonte di diritto.

3) In forza del suo *imperium*, il quale nelle relazioni militari e nelle provincie amministrate da legati imperiali (in contrapposto alle *provinciæ senatus*) è esclusivo, ma anche di fronte ai magistrati repubblicani è *majus imperium*, il principe rilasciava dei *mandata* che regolavano l'amministrazione come istruzioni agli ufficiali. Nel terzo secolo dell'êra volgare essendo il *præfectus prætorio* divenuto il rappresentante generale dell'imperatore, segnatamente in materia di diritto, egli acquistò, come tale, anche la facoltà di rilasciare ordinanze generali.

Formam a præfecto prætorio datam, si generalis sit, minimè legibus vel constitutionibus contraria, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est, servari æquum est. L. 2, C. de off. præf. præt., l. 26. (Alex. Sever. 235).

4) L'imperatore, come gli altri magistrati tutti, aveva il *jus edicendi;* però fino al completamento della monarchia non lo esercitava che in occasioni speciali.

5) I *decreta* e i *rescripta principum* erano decisioni e provvedimenti degli imperatori in singoli casi.

a) Decretum è la decisione pronunciata da un magistrato in forza dei poteri del suo ufficio sul fondamento di una *causæ cognitio*. Mentre però in antico non spettava di regola al magistrato la vera e propria decisione dei processi civili, i *principes* invece non solo riserbavano la decisione di un numero sempre crescente di casi a

magistrati determinati dalla cui sentenza potevasi appellare a loro, ma inoltre l'imperatore poteva decidere in persona su qualunque questione giuridica che era portata innanzi a lui o delegare alla sentenza un ufficiale da lui nominato;

b) I *rescripta principis* sono non tanto decisioni immediate su una cosa, quanto istruzioni pel giudice chiamato a sentenziare, le quali sono date ad istanza di esso stesso o di una delle parti. Essi *rescripta* per la loro causa sono ora *ad consultationem,* ora *ad precationem* e per la loro forma sono talora vere e proprie *epistolæ,* tal'altra semplici *subscriptiones* o *adnotationes*. Essi non sono altro che *responsa* il cui valore però è assoluto, a causa della loro derivazione dal principe che è la fonte del *jus respondendi.*

Poichè però i decreti ed i rescritti imperiali appariscono come applicazioni che l'imperatore fa del diritto a un singolo caso e questa applicazione proviene da un'autorità che non soltanto ha facoltà regolatrice nel caso concreto, ma domina l'intera applicazione del diritto, essi si presentano perciò come *interpretazioni autentiche* del diritto già esistente e il loro valore è pari a quello d'una legge.

Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quæ de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. Quodcumque igitur imperator per epistolam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto præcepit, legem esse constat: haec sunt, quas vulgo Constitutiones appellamus. Plane ex his quædam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quæ principis alicui ob merita indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. L. 1, D. de constat. princ., l. 4. (Ulp.).

VII. IL DIRITTO DELL'ULTIMO PERIODO.

§ 18.

I. — Poichè l'origine delle leggi da una votazione del popolo venne a cessare dopo Traiano e da Adriano fu definitivamente stabilito il contenuto dell'editto ed alla fine del secondo secolo di Cristo la *oratio principis* prese il luogo del *senatus consultum,* non si ebbe più accanto alla potenza imperiale nessun'altra fonte giuridica indi-

pendente che concorresse con quella in virtù di una propria pienezza di potere; in quanto che stava ancora come tale accanto a quella soltanto l'autorità dei giureconsulti derivante da essa e ad essa subordinata. Anche questa però verso la metà del terzo secolo di Cristo, contemporaneamente al rapido tramonto della scienza del diritto, si compenetrò nell'autorità imperiale, poichè l'emanare decisioni obbligatorie spettava soltanto al *consilium* o *consistorium principis*. Fonte giuridica era quindi solamente la volontà imperiale nella duplice forma di ordinanza generale subentrata alle *leges* o di decreti e rescritti che rappresentavano l'importanza che, relativamente alla formazione del diritto, aveva l'amministrazione della giustizia e l'applicazione del diritto. Mentre però Diocleziano faceva ancora grandissimo uso della forma del rescritto, dopo Costantino le costituzioni imperiali sono più che altro ordinanze generali, e colla fine del quarto secolo dell'êra volgare anche alle decisioni imperiali rilasciate per un caso singolo si attribuì l'importanza di leggi generalmente applicabili, in quanto non si dessero a conoscere espressamente come tali.

Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur. L. 11, C. Th. de div. rescr. 1, 2, (398).

II. — Le costituzioni imperiali, divenute ormai le sole fonti del nuovo diritto, furono contrapposte come *leges* al *jus* conservato negli scritti dei giuristi, poichè insieme a quello la letteratura giuridica era l'unica fonte del diritto proveniente dai tempi anteriori, alle fonti originarie del quale non si risaliva ormai più nell'applicare il diritto. Tanto rispetto alla letteratura giuridica, che era più difficile a superarsi a misura che si trovava più lungi dall'epoca presente, quanto anche riguardo alle costituzioni imperiali, delle quali diveniva ognora più difficile il conoscere la massa sempre crescente, si sentì ormai il bisogno di una raccolta e di una scelta; compito il cui soddisfacimento per ambedue le parti integranti del diritto sotto Teodosio II e Valentiniano III divenne oggetto di legislazione.

A) Riguardo al *jus* si dovè stabilire il limite degli scritti di cui dovea servirsi il giudice e dare a questi la necessaria istruzione sul modo di contenersi nel caso di contraddizione fra quelle autorità per lui obbligatorie. Ora la cosidetta *legge delle citazioni* (426 del-

l'êra volgare) in prima linea indicò come obbligatorie le più grandi autorità dell'ultima epoca classica, Papiniano, Ulpiano e Paolo, come pure l'ultimo giureconsulto classico Modestino, ai quali si poneva a fianco Gaio, che nella sua epoca non era stato giudicato fra i grandi ma era poi venuto in pregio per la natura elementare dei suoi scritti. Inoltre però dovevano valere come autorità tutti quelli antichi i quali fossero per tali riconosciuti da quelli stessi mediante richiamo ai loro scritti, quando soltanto fosse stabilita l'autenticità degli scritti loro attribuiti, la quale per essi era molto facilmente dubbiosa. In caso di collisione di opinioni doveva decidere la maggioranza, in caso di parità di voti l'opinione di Papiniano, la cui autorità fu rafforzata da Costantino che autorizzò la cassazione, di poi confermata dalla legge di citazione, delle *notæ* di Ulpiano e di Paolo a Papiniano. Quanto alle *sententiæ* di Paolo, come tali, si stabilì ch'esse dovessero sempre valere, nel qual modo si sanzionò l'uso del giudice di consultar sempre in primo luogo quel breve libretto e fu permesso che si tralasciasse l'esame della rimanente letteratura in tutti quei casi dei quali quel libro dava sufficienti notizie.

Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium, quæ Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias prædicti omnes suis operibus miscuerunt ratam esse censemus, ut Scævolæ, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversæ sententiæ proferuntur, potius numerus vincat auctorum, vel si numerus æqualis sit eius partis præcedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) præcipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiæ recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententias semper valere præcipimus. (Impp. Theodosius et Valentinianus in l. 3, Th. C. de responsis prud. l. 4).

B) Il compito di una raccolta delle costituzioni imperiali era stato tentato dopo la fondazione della monarchia assoluta mediante il *codex Gregorianus*, lavoro di un privato, che conteneva le costituzioni da Adriano fino a Diocleziano e di cui nel quarto secolo

forma un supplemento il *codex Hermogenianus*. Non possediamo i due codici, ma solo dei passi di quelli conservati in scritti posteriori. Teodosio II e Valentiniano, nel 429 di Cristo, pubblicarono la prima raccolta con forza di legge, sotto il nome di *codex Theodosianus*. Nel 435 la commissione legislativa, composta in origine di otto membri, fu raddoppiata e al piano originario fu aggiunto il compito di raccogliere il *jus*; quindi nel 15 febbraio 438 fu pubblicato il codice, ormai completo, diviso in 16 libri, per valere dal 1° gennaio 439 come unica fonte del diritto imperiale formatosi dopo Costantino. Invece il codice non risaliva oltre il tempo di Costantino, nè oltre il *jus novum*, con lui cominciato, dell'impero cristiano, per la qual cagione particolarmente rimase in vigore il contenuto dei codici Gregoriano ed Ennogeniano, in quanto non contraddiceva a quello del *codex Theodosianus*. Il codice Teodosiano ci è stato per la maggior parte trasmesso direttamente; invece la sostanza dei primi cinque libri e dei primi due titoli del libro sesto ci è pervenuta principalmente anche dal compendio Visigoto.

III. — La letteratura dell'ultimo periodo in Occidente si rivolge immediatamente alle *leges* e al *jus*, dei quali raccoglie estratti, mentre in Oriente ci si presenta un lavorìo sui materiali giurdici che astraendo dalla lettera delle fonti romane non ne respira più nemmeno lo spirito.

A) Nient'altro che raccolte di estratti sono gli scritti seguenti:

1) I cosidetti *fragmenta Vaticana*, scoperti in un manoscritto della Biblioteca vaticana, i quali contengono brani tratti da Papiniano, Ulpiano e Paolo, come pure una quantità di rescritti tratti dal codice Gregoriano ed Ennogeniano assieme ad alcune più recenti leggi imperiali;

2) Contiene parimenti costituzioni tratte da quei due codici insieme a una legge più recente e a frammenti di giureconsulti, rammentati nella legge delle citazioni, la *lex Dei seu Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, pervenutaci in tre manoscritti, la quale segue la tendenza a dimostrare la consonanza del diritto romano col mosaico;

3) Di una serie di indicazioni tratte dalle *sententiæ* di Paolo e dai tre codici consta la cosidetta *Consultatio veteris jurisconsulti*, la quale fu edita la prima volta nel 1577 sopra un manoscritto adesso perduto.

B) L'unico prodotto letterario pervenutoci dall'ultimo periodo che contenga un'esposizione di per sè stante, benchè priva di sistema e di valore scientifico, è il cosidetto Libro del diritto sirio-romano, trasmessoci in manoscritti siriaci, arabi e armeni, il cui originale greco fu promulgato verso il 476 in Siria a scopo della giurisdizione vescovile (arbitrale). Esso contiene il diritto privato ed anche il diritto criminale e di procedura e non perdè il suo valore per la legislazione Giustinianea. Questo libro è stato per la prima volta pubblicato completamente, come pure tradotto e commentato nel 1880 a Berlino da BRUNS e SACHAU, col patrocinio dell'Accademia delle scienze.

IV. — Più ampii rimaneggiamenti del materiale giuridico rimasto, importanti per la storia del diritto romano, poichè quel materiale ci è stato in parte tramandato soltanto per mezzo loro, sono le *leges romanæ barbarorum,* le quali erano intese a rendere facile, mercè abbreviazione, l'uso degli ampii e ricchi materiali che i conquistatori germanici avevano trovato come diritto della popolazione soggiogata. Esse sono:

A) L'*edictum Theodorici.* Poichè formalmente l'Impero ostrogoto formava parte dell'Impero romano e il suo re valeva come governatore dell'imperatore, il diritto romano rimase il diritto fondamentale vigente per tutti gli abitanti, anche per i Goti immigrati, e come tale fu raccolto dal *jus* (specialmente dalle sentenze di Paolo) e dalle *leges* per comando di Teodorico il Grande (500 anni dopo Cristo).

B) La *lex romana Visigothorum* ovvero il cosidetto *Breviarium Alaricianum.*

Per i Romani nel regno visigoto Alarico II compilò, nell'anno 506 dell'êra volgare, una raccolta in cui ciascuna opera usata era accolta nella sua totalità, non riformandone il testo, ma facendone degli estratti e commentandoli, salvo che per l'opera di Gaio.

Il *Breviarium* contiene:

1) Il *codex Theodosianus* molto abbreviato insieme alle *novellæ constitutiones*;

2) Un rimaneggiamento delle istituzioni di Gaio, probabilmente esistente già e non fatto appositamente;

3) Le *sententiæ* di Paolo;

4) Il *codex Gregorianus* e *Hermogenianus;*

5) Un frammento del libro primo dei *responsa* di Papiniano.

C) La *lex romana Burgundionum* o *Papianus* è una compilazione che si unisce con la *lex Burgundionum* a lei precedente e che è poco più recente del *Breviarium;* essa è tratta parte da questo, parte direttamente dalle antiche fonti. La denominazione *Papianus* deriva da una mala intelligenza cagionata dall'ultimo frammento del *Breviarium* (1).

VIII. GIUSTINIANO.

§ 19.

I. — La storia delle fonti del diritto romano ha termine colla legislazione Giustinianea. Giustiniano, dopo la caduta dell'impero d'Occidente, ha nuovamente unito l'Italia col suo impero, per cui la sua legislazione è divenuta il punto di partenza per la diffusione del diritto romano e per il valore di esso in tutto l'Occidente. Parimente però la sua legislazione fu per l'impero Orientale sopravvivente il punto di fermata della evoluzione giuridica proveniente dalle fonti romane e il principio della evoluzione bizantina, poichè Giustiniano da un lato compilò l'ultima e insieme la più ampia raccolta del materiale giuridico anteriore e dall'altro ha abolita un'intiera serie di norme ed istituti del diritto romano intrinsecamente già spenti. Egli condusse ad effetto in un tempo relativamente breve il suo piano di una legislazione che abbracciasse e insieme fondasse per l'avvenire i principii esclusivi dell'applicazione come della teoria del diritto.

II. — Il 13 febbraio 528 Giustiniano diresse al Senato di Costantinopoli un editto *de novo codice faciendo.* Fu quivi manifestata al Senato la volontà dell'imperatore di compilare una raccolta di costituzioni portante il suo nome, la quale contenesse così le parti essenziali delle tre raccolte anteriori, come i decreti emanati dipoi. A questo scopo venne nominata una commissione di dieci uomini, cioè sette alti dignitari, Teofilo professore di diritto e due avvocati.

(1) Ha nuovamente edito il Codice Visigoto l'HAENEL nel 1847, gli altri due il BLUHME. (Mon. Germ. Hist. Leg. III 519 seg., V 145 seg.).

Essa aveva pieni poteri di cancellare superfluità e vecchiumi, ripetizioni e contraddizioni, di fare modificazioni ed aggiunte. Essa doveva dividere la materia in varii titoli secondo il contenuto, però nel titolo collocare i singoli decreti secondo l'ordine cronologico, segnando la data. Al 7 aprile del seguente anno si promulgò la *constitutio de novo codice confirmando.*

III. — Al 15 dicembre 529 Giustiniano diresse un'epistola *de conceptione Digestorum* a Triboniano che frattanto era divenuto ministro di giustizia *(quæstor sacri palatii)* e che aveva anche partecipato alla prima commissione. Dopo il completamento del codice dovevano ora, da una commissione diretta da Triboniano e composta dietro le sue proposte, rimaneggiarsi gli scritti delle autorità giuridiche con una scelta libera e non vincolata alle indicazioni della legge di citazione e l'opera in conformità all'ordinamento del codice e dell'*Edictum perpetuum* doveva essere divisa in cinquanta libri ed in titoli. Questa raccolta del *jus* doveva prendere il titolo di *digesta* o *pandectæ:* essa doveva, insieme al *codex constitutionum* (rimanendo riservata la compilazione delle istituzioni), comprendere tutto il diritto e l'autorità di questo testo di legge non doveva più poter essere turbata da nessun commentario. Fra gli scritti serviti per i Digesti si possono distinguere tre gruppi: quelli il cui oggetto principale è il *jus honorarium,* quelli sopra il *jus civile* e i casistici. In ciascun titolo gli estratti — evidentemente raccolti da varie persone — formano delle serie dipendenti da questi diversi gruppi; si distingue perciò la *massa edittale, Sabinianea* e *Papinianea.*

IV. — Al 21 novembre 533 avvenne la pubblicazione delle istituzioni compilate contemporaneamente al termine dei *Digesta* da Triboniano insieme a Teofilo (di cui abbiamo pure una parafrasi greca delle istituzioni) ed a Doroteo, sulle traccie di quelle di Gaio; anche ad esse fu data forza di legge. Al 16 dicembre dello stesso anno furono pubblicati i *Digesta* e fu stabilito che avessero vigore, come pure le istituzioni, dal 30 dello stesso mese.

V. — Alla preparazione dei Digesti avevano preceduto cinquanta decisioni imperiali di controversie giuridiche *(quinquaginta decisiones):* Giustiniano avea pure emanato qualche nuovo decreto. Ciò apportò una revisione del codice, la quale fu pubblicata il 16 no-

vembre 534 e andò in vigore il 29 dicembre di quell'anno; noi possediamo soltanto questo *codex repetitæ prælectionis.*

VI. — Dal 535 fino alla sua morte pubblicò Giustiniano un gran numero di *novellæ constitutiones,* la cui riunione in una compilazione non avvenne più.

528	13 febr.	Constitutio:	Hæc quæ necessario (de novo codice faciendo);
529	7 apr.	»	Summa rei publicæ (de novo codice confirmando);
—	15 dec.	»	Deo auctore (de conceptione digestorum);
533	21 nov.	Proemium	Institutionum;
—	16 dec.	Constitutio:	Tanta (de confirmatione digestorum);
534	16 nov.	»	Cordi nobis (de emendatione codicis Justinianei et de secunda eius editione).

PARTE SECONDA

SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO ROMANO

PROSPETTO DEL SISTEMA.

§ 20.

I. — Il sistema del diritto privato ossia delle *norme* del diritto privato si divide secondo la diversità dei *rapporti* di diritto privato da esse *regolati*. Poichè la singola facoltà od obbligazione, che appartiene ad una persona o la vincola di fronte ad un'altra si presenta quale espressione od effetto di una determinata *condizione* giuridica, in cui si trova il singolo, un rapporto di diritto privato è un complesso di relazioni giuridiche, la riunione delle quali forma una determinata condizione giuridica di una data persona. Se quel complesso di relazioni giuridiche è per colui, nella cui persona coincide, un complesso di diritti, anche la stessa condizione giuridica, che apparisce fonte di questi diritti, vien chiamata un *diritto;* in questo senso per es. il diritto di proprietà di fronte ai singoli diritti del proprietario o il diritto di patria potestà di fronte ai singoli diritti del padre si comportano come la loro unica fonte.

II. — I rapporti di diritto privato, vale a dire quelle condizioni giuridiche in cui si trova il singolo nella sua qualità di questo determinato individuo, sono di doppia specie. Questo determinato individuo è il singolo talora come diverso dagli altri ed avente in contrapposto a loro un'esistenza a sè, talora come tale la cui individualità si connette

a quella d'altri individui determinati; nei rapporti giuridici di una persona viene perciò ad esser riconosciuta e garantita giuridicamente da un lato la sua individuale esistenza a sè e dall'altro lato la sua relazione con altri individui che partecipano alla sua individualità o la completano.

III. — Il riconoscimento e la garanzia giuridica della individuale esistenza per sè è anzitutto riconoscimento e garanzia della *libertà* personale, dalla quale non risultano nuove facoltà positive della persona contro altre. Nel concetto della persona però, oltre al predicato negativo della libertà dall'altrui signoria, v'è anche quello positivo della *signoria* non solamente sulla propria esistenza corporea, ma eziandio sul mondo esterno, che non esiste per sè medesimo ed è quindi rilasciato alla appropriazione della persona. Dal potere della persona sull'esistenza propria si sviluppa quindi come *allargamento* e *rinforzamento* di essa il suo potere sopra determinate *cose:* cosa è quel frammento di mondo esterno accessibile all'esclusiva dominazione di determinate persone, il quale non ha importanza giuridica come apparenza corporea di un essere esistente per sè stesso, ma solo come oggetto dell'altrui signoria. La dominazione di una persona, su di una cosa è fattizia o giuridica. Ha già importanza giuridica anche la prima, onde esistono disposizioni anche su di essa, ove il diritto la riconosca esistente, sicchè noi distinguiamo tra le relazioni di persona e cosa giuridicamente efficaci e regolate dal diritto, la condizione giuridica di *proprietà (dominium)*, che si scorge solo nella trattazione giuridica, e lo stato fattizio del possesso *(possessio)*, che si manifesta in un rapporto esteriore della cosa con la persona. Ma poichè la signoria esercitata dalla persona sulla cosa può essere non solamente una signoria *universale*, che incorpori l'esistenza della cosa a quella della persona, ma anche una tal signoria che renda la cosa servibile alla persona solo per certi *determinati riguardi*, così il diritto su di una cosa può essere ora proprietà, ora *diritto su cosa altrui;* e così pure il possesso suo può essere ora possesso della cosa in senso assoluto, ora un semplice *possesso speciale*, che in contrapposto a quello dicesi pure *quasi possessio*,

IV. — La persona, nei suoi rapporti con le cose da lei padroneggiate, sta di fronte alle altre persone come soggetto di una propria sfera di azione entro la quale è autorizzata a respingere ogni estranea

concorrenza: le relazioni giuridiche sulle quali essa sta per tal ragione di fronte agli altri, o gli obblighi che vincolano gli altri verso di lei, esistono semplicemente a proposito del suo rapporto colla cosa. In contrapposto al dovere che nasce da un diritto reale altrui, è *obligatio* il dovere, fondato su una determinata causa obbligatoria, che una determinata persona ha di agire in un dato modo giovevole ad un altro. Come la soggezione di una cosa ad una persona fa nascere obblighi di terze persone, così d'altra parte ogni obbligazione di una persona genera l'assoggettamento di essa a quella persona, verso la quale essa è tenuta ad una prestazione; questa soggezione è però condizionale, inquantochè essa non sussiste per sè stessa, ma solo in riguardo al dovere dell'obbligato, e cessa coll'estinguersi di quel dovere medesimo. Come la soggezione dell'obbligato esiste solamente a proposito dell'obbligo suo, così il diritto di colui, verso il quale egli è obbligato, consiste, in contrapposto ai diritti reali, nella *pretesa (actio)* che a lui spetta contro l'obbligato, elevando la quale e portandola ad effetto ei fa valere l'obbligazione del convenuto ed eventualmente anche l'assoggettamento di quello che fu senza pro' convenuto.

V. — Le obbligazioni insieme ai diritti sulle cose formano la seconda specie dei diritti patrimoniali, cioè di quei diritti, il complesso dei quali forma il *patrimonio (bona)* di una persona, ovvero l'estensione giuridica, che a lui spetta a causa della sua esistenza individuale per sè, della sua facoltà naturale. Se però il patrimonio in senso stretto è un complesso di diritti, in senso più largo invece, come complesso delle relazioni giuridiche patrimoniali nelle quali trovasi una persona, racchiude in sè anche le sue obbligazioni.

VI. — In contrapposto al vincolo giuridico della persona con una cosa, l'*obligatio* è già un vincolo giuridico di più persone, che però risulta dall'individuale esistenza per sè dei singoli colla interposizione di fatti determinati che non la negano, che consiste nel servizio di interessi individuali dell'avente diritto, e sospende l'esistenza indipendente dell'obbligato soltanto in date relazioni singole. In contrapposto a questi, i *rapporti di famiglia* derivano dal completamento della specie e dall'allargamento dell'esistenza individuale, come quella che per la sua unilateralità sessuale abbisogna di un tale completamento e mediante esso è capace di estensione mercè la generazione di un' altra

esistenza nascente dalla propria. L'unione sessuale elevata a vincolo giuridico è il *matrimonio:* dalla dipendenza del generato dal generante, occasionata dal matrimonio, nasce la *patria potestas*. Questa avendo per condizione quello, l'effetto giuridico più importante del matrimonio è quello mediato dell'assoggettamento dei figli, nati da quello, alla patria potestà del padre di famiglia. Tra i diritti di famiglia si suole inoltre annoverare il *diritto di tutela*. Come il vincolo di famiglia deriva dalla dipendenza di determinati individui, così la tutela ha radice nello speciale bisogno di completamento di chi non è ancora in forza della sua individualità capace a conoscere da sè le proprie relazioni giuridiche. Ma poichè il bisogno di tale completamento deriva dalla qualità dell'individuo come membro della specie, non ancora pienamente o non regolarmente sviluppato, e il procurarlo dipende dalla cura della famiglia o della società per i suoi membri bisognosi di assistenza, così il diritto di famiglia compreso il diritto di tutela, sta di fronte ai diritti patrimoniali derivanti dall'esistenza a sè dei singoli, come quella parte del diritto privato, mediante la quale perviene ad espressione giuridica l'estensione conforme alla specie ed il completamento dell'esistenza individuale. Specialmente colla *patria potestas* la tutela sta nel doppio rapporto, che lo stesso individuo non può essere oggetto di ambedue insieme, poichè la *patria potestas* nega l'esistenza indipendente individuale da completarsi mercè la tutela, mentre che d'altra parte nella *patria potestas* è contenuta la facoltà di costituire per testamento il tutore. Se però da un lato noi contrapponiamo il diritto di famiglia in largo senso ai diritti patrimoniali, d'altro lato certi rapporti di diritto patrimoniale e certe modificazioni determinate delle norme per essi vigenti hanno base nei rapporti del diritto di famiglia, e le norme, che regolano i rapporti di diritto patrimoniale risultanti dai rapporti di famiglia in senso lato, formano il così detto *diritto patrimoniale famiiare,* i cui rapporti sono opportunamente esaminati in diretta unione coi rapporti di famiglia, nei quali hanno base.

VII. — La fine del sistema del diritto privato è formata dal *diritto d'eredità,* cioè dal complesso di quei rapporti giuridici, che risultano dalla morte di una persona. Ne forma il punto centrale il rapporto di successione ereditaria *(hereditas)* in cui stanno col defunto determinati superstiti. Poichè sono i rapporti patrimoniali del defunto quelli che a mezzo

dell'eredità passano agli eredi o ad altre persone, l'*effetto* della successione ereditaria è un effetto *giuridico patrimoniale:* esso è una specie particolare della *successione* in rapporti di diritto patrimoniale, la quale si distingue dagli altri casi di essa, non solo perchè è motivata dalla morte di un soggetto di patrimonio, ma inoltre perchè oggetto di questa successione è il patrimonio come tale, ossia il complesso delle relazioni di diritto patrimoniale lasciate dal defunto. Il diritto di eredità deriva da un lato dalla transitorietà dell'individuo, ma insieme dal suo legame con altri, in forza della quale il resultato giuridico della sua esistenza, in quanto è trasmissibile, sopravvive alla sua morte. La successione ereditaria, procurando ai rapporti del diritto patrimoniale la continuità, è per tal suo *fondamento* affine ai *rapporti familiari;* infatti non solo essa ha base specialmente nelle relazioni di famiglia, ma in generale nella surrogazione per diritto ereditario di un individuo morto, si mostra, come nei rapporti di diritto famigliare, il legame degli individui motivato dall'unità del genere.

VIII. — L'esistenza dei singoli rapporti giuridici, nei quali si trova un uomo, ha per requisito la sua *posizione giuridica personale.* Decide per questa la specie e la misura della sua partecipazione alla *società giuridica* insieme alle sue relazioni *individuali* con altri, in quanto queste tocchino o la *capacità giuridica* del singolo, o la sua capacità di stare in determinati rapporti giuridici, oppure, senza avere per sè stesse un contenuto giuridico, siano tuttavia *giuridicamente regolate,* perchè esse danno occasione all'esistenza di determinati rapporti giuridici.

IX. — All'esposizione delle condizioni giuridiche deve premettersi una trattazione dei loro elementi generali. È comune a tutte le condizioni giuridiche la loro connessione con un determinato *soggetto* che si trova nella condizione contemplata, la loro subordinazione determinati *facta,* e la possibilità di una determinata *coazione* giuridica a vantaggio di chi da esse ritrae un diritto e contro chi è per esse obbligato.

X. — In conformità al precedente sguardo generale formano oggetto delle seguente esposizione:

1°) Gli elementi dei rapporti giuridici.

2°) La posizione giuridica personale.

3°) Il diritto sulle cose.

4°) Il diritto delle obbligazioni.

5°) Il diritto di famiglia compreso il diritto di tutela.

6°) Il diritto di eredità.

XI. — Mentre la partizione dei Digesti e del Codice si rannoda sostanzialmente all'ordinamento dell'editto, fondato su riguardi pratici (cfr. su ciò l'Appendice), quello delle Istituzioni giustinianee in connessione a quelle di Gaio deriva dalla divisione delle *personæ, res* ed *actiones*, come elementi dei rapporti giuridici. Il primo libro tratta insieme alla posizione giuridica personale la famiglia e la tutela nell' importanza loro per lo stato giuridico del loro obietto (cfr. § 41). La seconda parte (II e III libro) tratta dell' importanza giuridica delle cose, dei diritti reali, di cui quelle sono oggetto immediato, e delle obbligazioni di cui quelle sono il più importante oggetto mediato: nella stessa parte tra i diritti reali e di obbligazione vien trattata la successione ereditaria come causa del loro acquisto. L'ultima parte (libro IV), i cui primi cinque titoli appartengono pure alla seconda parte, tratta della coazione giuridica.

Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Gai. I. 8.

PRIMA SEZIONE

GLI
ELEMENTI DEL RAPPORTO GIURIDICO

I. IL SOGGETTO DEL DIRITTO.

I. CONCETTO, E SPECIE DI ESSO.

§ 21.

Se alcuno è soggetto di un Diritto ossia del potere giuridico nascente da un rapporto di diritto, tal potere di regola si presenta come tale il cui esercizio giova ai suoi interessi e insieme dipende dalla sua risoluzione: adunque l'esistenza di un diritto privato attribuisce al suo soggetto tanto una sfera entro la quale può far valere la volontà, quanto anche un mezzo di soddisfare ai suoi bisogni. Queste due cose possono però scindersi: sicchè la persona, rispetto alla quale sussiste un diritto, può esser diversa da quella che può far valere il diritto stesso. Poichè qui però la facoltà di far valere il diritto spetta all'una persona per cagione dell'altra, quella lo fa valere in nome di questa e quindi si presenta come soggetto di quel diritto la persona, a cui riguardo sussiste il diritto stesso. È perciò capace di diritti anche colui che non è capace di agire: non è però capace di diritti chi è capace di agire, ma soltanto quell'ente che dal diritto è riconosciuto come fornito di un'esistenza in riguardo proprio. Come però l'uomo ha un'esistenza a sè solamente relativa, poichè egli come persona esiste al tempo stesso per mezzo della società e per essa, così pure

la società stessa ha una uguale esistenza a sè relativa, come una persona esistente indipendentemente dai singoli individui che ne fanno parte, la quale segue i suoi proprii scopi diversi da quelli degli individui. Accanto agli individui perciò ci si presentano come una seconda specie di soggetti di diritti anche le comunità *(universitates)* o persone giuridiche.

II. L'UOMO.

§ 22.

I. — Ogni singolo uomo viene ad esistere come persona per la sua completa separazione dall'alvo materno; se egli, separato dal ventre della madre, non vive più, non ha mai vissuto come persona. Per altro l'embrione come persona in atto di nascere *(nasciturus)* viene in tanto considerato dal Diritto, in quanto che gli vien conservata aperta, per il caso che egli nasca vivo, quella posizione giuridica che egli avrebbe già acquistato se esistesse di già come persona. Come per l'esistenza, così anche per la condizione giuridica, in quanto essa si eredita, deve osservarsi il tempo del parto: con la separazione dall'alvo materno l'essere del fanciullo, fino allora contenuto nell'essere materno, acquista l'esistenza come essere equivalente all'essere materno. Un'eccezione a questo principio di *jus naturale* la si ha nel *jus civile* speciale per il caso di *justum matrimonium,* inquantochè la condizione giuridica del figlio generato durante quello viene determinata dalla condizione giuridica del padre e quindi secondo l' epoca della procreazione. — Peraltro:

1° Il figlio di un peregrino per una *lex Minicia* non è cittadino romano, e

2° Il figlio di una schiava è schiavo soltanto se la sua madre non sia mai stata libera dal momento della concezione fino al momento del parto, sicchè la libertà della madre in un momento qualsiasi di quel lasso di tempo dà luogo al parto di un figlio libero. Un *senatusconsultum Claudianum* (52 d. Cr.) apportò una doppia eccezione a questi principii; per esso

a) La donna libera, la quale si congiunge con uno schiavo altrui ad onta della contraria volontà del padrone di esso, diventa schiava di quel padrone insieme ai figli nati da quell'unione, mentre:

b) I figli nati dall'unione di un uomo libero con una schiava, da lui creduta libera, seguono la condizione materna soltanto se sono di sesso femminile. — Però questa disposizione fu abolita da Vespasiano, come la prima da Giustiniano.

Gaj I. 75-86, Ulp. V. 8-10, pr. J. de ingenuis 1, 4; § 1 J. de succ. subl. 3, 12.

Qui in utero est, quantum ad sibi locum faciendum si fuerit editus pro jam nato habetur. f. 30 § 1 D. de adq. vel om. her. 29. 2.

Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente conubio matris condicioni accedunt. Ulp. V. 8.

In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur: in his autem, qui non legitime conipiuntur, editionis. Ulp. V. 10.

II. — Insieme all'origine *(origo)* dell'uomo ha importanza per le sue relazioni giuridiche anche il suo *domicilium*, cioè il centro locale della sua esistenza, vale a dire il luogo della sua dimora definitiva, non presa in semplice via d'esperimento o solo per un certo tempo o rispetto ad un determinato scopo passeggiero. Per legge il domicilio di chi occupa un durevole ufficio pubblico è nel luogo in cui esercita l'ufficio, quello del proscritto nel luogo del suo confine; la moglie o il figlio di famiglia hanno domicilio nel luogo ove l'hanno il marito o il padre di famiglia.

In eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus si nihil avocet, unde cum profectus est peregrinari videtur, quo si redit peregrinari jam destitit. L. 7. C. de incolis. 10, 40.

III. LE PERSONE GIURIDICHE.

§. 23.

I. — Poichè le relazioni giuridiche dei singoli con una comunità sono date dalla propria organizzazione di questa, esse sono di natura giuridica pubbliche: possono però tali rapporti di Diritto avere origine anche da quelle circostanze per le quali han luogo fra i singoli. I rapporti giuridici nati in tal guisa per la comunità non sono uguali a quelli dei singoli uomini, ma analoghi, in quanto che essi da questi si distinguono solamente per ciò che vien dato dalla differente natura del loro soggetto. Poichè la personalità delle comunità nasce dalla

loro organizzazione giuridica, in forza della quale esse formano una unità non alterata dalla mutazione dei suoi partecipanti, esse sono contrapposte all'individuo umano come persone *giuridiche*. Esse sono soggetto di diritto privato come soggetti possibili di rapporti giuridici patrimoniali, in quanto appartengono a loro o per loro sussistono diritti reali e crediti, e possono inoltre contrarre obbligazioni, per le quali viene ad essere vincolato il loro patrimonio. — Invece le persone giuridiche non sono soggetto di relazioni pertinenti al diritto di famiglia e tanto meno possono lasciare una eredità, quando periscono.

II. — È persona giuridica secondo il Diritto Romano:

1) Innanzi tutti il *populus romanus* stesso. Essendo la più potente di tutte le persone, esso non solamente è, come le altre, soggetto di dominio, ma qualunque proprietà fondiaria risale alla sua *assignatio*. In antico esso, per mezzo dei suoi magistrati, si poneva in relazioni contrattuali con singoli cittadini, senza esser perciò tenuto a quelle forme, che erano condizione della validità giuridica di convenzioni private. L'attributo di soggetto di patrimonio spettante al *populus* si realizzò nell'*ærarium populi romani*. Siccome poi, dopo Augusto, a capo dello Stato stava, insieme al Senato, il *princeps*, questo dualismo si estese anche al patrimonio dello Stato, e insieme all'*ærarium populi romani*, sul quale disponeva il Senato, acquistò a poco a poco la natura di un patrimonio dello Stato anche il patrimonio imperiale personificato nel *fiscus Cæsaris*, in contrapposto al *patrimonium Cæsaris* o patrimonio privato di ciascun *princeps*. Col tempo avendo la potenza del principe assorbita l'autorità del Senato, anche l'intero patrimonio pubblico si concentrò nel *fiscus* imperiale, a cui vennero pure concessi privilegi sempre più estesi.

2) In rapporto alla personalità dello Stato, il quale s'identificò pure con la comunità dei cittadini romani, la personalità delle altre *civitates* ci si presenta come personalità di minore potenza, ma della stessa natura, la cui rappresentanza suprema nell'epoca imperiale, per analogia del *populus romanus*, era affidata a un Senato cittadino o ai Decurioni, sicchè un voto emanato dalla maggioranza di essi valeva come espressione del volere della comunità.

3) Dalla personalità giuridica dello Stato e delle città deriva quella concessa a organismi singoli o parti di quei primi, come soggetti di patrimonio particolare separato dal patrimonio dell'intera co-

munità. Così il patrimonio, che viene concesso al tempio di un Dio dello Stato romano o al Collegio dei suoi sacerdoti, è una porzione del patrimonio dello Stato dedicata ai particolari bisogni di quel tempio. Ci si presenta pure come soggetto di un patrimonio particolare staccato dal patrimonio generale dello Stato, il Senato della città o la *curia:* anche un *vicus* appartenente a una città, sebbene non sia una comunità a sè, ma soltanto una frazione del comune cittadino, può essere subietto di un proprio patrimonio.

4) Come hanno radice nella propria organizzazione dello Stato le persone giuridiche di un'indipendenza relativa, così d'altro lato si hanno persone giuridiche per le unioni di privati, le quali siano riconosciute dallo Stato come unioni indipendenti. Tali *corpora* sono:

a) Le associazioni degli artefici *(collegia opificum)* la cui esistenza, che rimonta all'epoca dei re, deriva direttamente da disposizione dello Stato; ad esse però veniva attribuita soltanto una lieve importanza, per la poca considerazione in cui si teneva il lavoro manuale. Simili a loro erano le associazioni delle classi povere a scopo religioso *(collegia tenuiorum qui stipem menstruam conferre volunt).*

b) Lo Stato romano, non essendo solito percepire direttamente i prodotti dei fondi dello Stato, specialmente delle miniere, ed anche altre rendite dello Stato (provenienti da imposte e dazii), ma usando affittarle, si formaron così per l'impresa di tali appalti le *societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum,* e specialmente le società dei publicani *(socii vectigalium publicorum).*

c) Associazioni a scopo del culto e della socievolezza che con quello va unita, erano le *sodalitates* che avendo di fatto acquistato in realtà il significato di circoli politici provocarono una decisione del Senato contro di loro.

Il riconoscimento dello Stato, il quale era necessario perchè una associazione esistesse con diritto, avveniva nel tempo della repubblica mediante la tolleranza del Senato; nell'epoca imperiale per l'approvazione del Senato o del *princeps,* la quale si estendeva ad una intera classe di corporazioni o si limitava ad una corporazione speciale.

Tit D. quod cujuscumque univers. nom. 3, 4, de collegiis et corporibus. 47, 22.

Mandatis principalibus præcipitur præsidibus provinciarum ne patiantur esse collegia sodalicia, ne ve milites collegia in castris habeant sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre dum tamen semel in mense coëant, ne sub prætextu hujusmodi illicitum collegium coëat: quod non tantum in urbe, sed et in Italia et in provinciis locum habere Divus quoque Severus rescripsit. l. 1 pr. D. de coll. 47, 22.

Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur; nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coërcetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romæ certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorumdam aliorum et naviculariorum qui et in provinciis sunt. Quibus autem, permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicæ habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat agatur, fiat. l. D. ht, 3-4.

III. — Che le comunità e le associazioni siano soggetto di beni, è solo una parte singola della loro esistenza ed importanza giuridica, la quale le abilita ad essere soggetti di patrimonio, senza da parte loro essere subordinate all'esistenza effettiva di questo. Si dà anche però una seconda classe di persone giuridiche, la cui esistenza coincide con quella di un patrimonio separato da quello del suo antico soggetto, ma non unito con uu patrimonio altrui, nè divenuto un bene senza padrone. Un tale patrimonio esiste,

1) Temporaneamente nel caso della *hereditas jacens* (§ 94), come patrimonio di una persona defunta, il quale non è perito con essa, per il passaggio, che soltanto temporaneamente non si è per anco realizzato, in altra persona.

Hereditas personæ vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas. l. 22 D. de fidei. 46, 1.

2) Se un patrimonio è destinato ad un determinato scopo, e il suo impiego a tale scopo è affidato a determinate persone che l'amministrano per quell'uso come patrimonio altrui, esso non è il patrimonio di un soggetto che esiste indipendentemente da esso: poichè anzi esso piuttosto è considerato come un proprio patrimonio, la cui

amministrazione ed impiego è irrevocabilmente determinato da quella volontà, cui esso deve la sua esistenza come patrimonio proprio, esso vale come un patrimonio tale, che contiene il suo soggetto in sè medesimo. Si chiama una *fondazione* non soltanto l'atto della destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo, ma anche la persona giuridica esistente per tale atto, la quale, in contrapposto alle altre persone sussiste per la sussistenza di un patrimonio e muore per conseguenza col perire di esso. La giuridica personalità delle fondazioni è rimasta estranea al Diritto romano fino all'ultimo periodo. Essa venne introdotta dapprima mediante il cristianesimo, perchè non si volle che andassero perduti i donativi fatti a pio scopo, perchè non veniva attribuito a persone determinate il patrimonio a tale scopo assegnato. L'amministrazione di tali *piæ causæ* o *pia corpora*, in difetto di qualunque altra disposizione privata, fu attribuita da Giustiniano agli amministratori della chiesa del luogo, ove aveva domicilio il fondatore. l. 26. C. de sacr. eccl, I. 2.

II. I FATTI PRODUTTIVI DI DIRITTI.

A, IN GENERALE.

§ 24.

I. — Qualunque avvenimento giuridico ha per condizione il riscontrarsi di determinati fatti che la producano. Tali fatti non sono soltanto casi, ma anche condizioni stabili, e non solo circostanze positive, ma anche negative. Il loro effetto è talora l'origine, talora l'estinzione dei Diritti.

II. — La nascita di un diritto può essere *originaria* o *derivativa*. Ripete da un'altro diritto la sua esistenza quel Diritto, che è sorto a causa di un altro sicchè l'esistenza di questo sia condizione alla nascita di quello, e il contenuto di esso sia la fonte del suo proprio contenuto. Il contenuto del Diritto derivato non può quindi avere estensione maggiore del contenuto di quel diritto da cui esso ha origine. Alla nascita del Diritto derivato corrisponde o la estinzione od una limitazione di quel Diritto, da cui esso ripete la sua esistenza. Siamo nel primo caso, quando il contenuto del Diritto derivato coincide con

quello dell'altro: fra ambedue i diritti sta qui il rapporto di *successione* o il surrogamento di un diritto con un altro ad esso uguale. In forza di questa uguaglianza il contenuto, il linguaggio volgare nel caso della successione identifica il Diritto del successore con quello del predecessore, e tratta il surrogamento dell'uno coll'altro, come un semplice cangiamento dei soggetti che si trovano negli stessi rapporti.

Nemo plus juris transferre potest quam ipse haberet. l. 54 D. R. I. 50. 17.

III. — Spesso si identifica il concetto della successione con quello dell'acquisto derivativo dei diritti, in quanto si distingue ma *successio translativa* ed una *constitutiva*. Come però da un lato la nascita di un diritto da un altro, che non perciò si estingue, non è una vera successione od estinzione dell'un diritto mediante l'altro, così pure la perdita di un diritto in forza di un diritto altrui a quello uguale, può avvenire non solamente in guisa di derivazione, ma anche mediante la nascita originaria di un nuovo diritto che ne scaccia un altro.

La successione è successione singolare od universale: questa è il passaggio di un intero patrimonio, che ha fondamento nella cessazione dell'esistenza fisica o giuridica del suo soggetto anteriore. Mentre nella successione singolare il diritto precedente si estingue per la nascita del diritto che lo distrugge, invece nel caso della successione universale, un patrimonio, che non può più esistere come patrimonio appartenente al soggetto, fin qui avuto, per il suo perimento, viene di diritto considerato come patrimonio di un'altra persona.

IV. L'estinzione di un diritto segue mediante alienazione (*alienatio*) quando avviene in forza della volontà del privilegiato, che o cede il suo diritto ad altri o semplicemente vi rinunzia. *Alienazione* però non è soltanto l'abbandono di un diritto, ma anche la concessione di un diritto altrui che limiti il proprio; ed anche l'esclusione di un diritto mediante la nascita originaria di un diritto altrui ha indirettamente la base nella volontà del soggetto precedente, quando questi abbia scientemente lasciato compiersi la perdita a lui minacciata.

V. — Secondo la diversità dei diritti che ne sono fondati o tolti via, sono svariatissimi i fatti, a cui si dà importanza giuridica. Vi sono però dei fatti importanti per l'esistenza di qualunque specie di rapporti giuridici e non soltanto di specie determinata. Ciò deve anzitutto dirsi del *tempo*, a cui appartiene un avvenimento o uno stato,

ed anche degli *atti*, come di quella classe di avvenimenti, la cui importanza è della più grande estensione. Anche l'importanza degli atti umani per l'esistenza di rapporti giuridici è grandemente diversa: nominatamente però essi hanno giuridica importanza talora a cagione della volontà dell'agente esternata in modo giuridicamente valido, talora in forza del suo fatto contrario al diritto, che provoca la reazione del Diritto stesso. Gli atti della prima specie sono *negozii giuridici*, quelli della seconda *delitti*.

B, IL TEMPO.

§. 25.

I. — Di importanza giuridica e perciò anche oggetto di regole giuridiche è la determinazione del tempo, nel duplice riguardo della sua divisione in determinate frazioni di tempo impiegate a designare rapporti temporanei, e del calcolo di rapporti temporanei secondo queste frazioni.

II. — Le frazioni di tempo del calendario Romano sono il giorno, il mese, e l'anno.

1) Il giorno del calendario è lo spazio di tempo che va dalla metà d'una notte alla metà della notte susseguente, in contrapposto all'uso di altri popoli, i quali seguono come limite di esso uno dei momenti osservabili dell'alba, del tramonto o del sole alto. Col *dies naturalis* (o col giorno in contrapposto alla notte) sta in rapporto dunque il *dies civilis* non così che nel giorno del calendario la notte segua o preceda il giorno naturale, ma in guisa che il punto medio del giorno del calendario coincida con quello del giorno naturale (*meridies*) e le due metà di una notte appartengano a due diversi giorni del calendario. La divisione in ore era semplicemente una divisione del giorno naturale e della notte ciascuno in dodici *horae*, la cui lunghezza perciò variava secondo la stagione: invece questa divisione non era affatto divisione del giorno del calendario, il cui limite era da essa piuttosto ignorato per la variabile numerazione delle ore notturne pertinenti ai diversi giorni del calendario. Gell. Noct. Att. III 2.

More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur, itaque quidquid in his viginti quatuor horis, id est duabus

dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset. L. 8 D. de fer. 2. 12.

2) Il mese nel suo significato originario, era il tempo di una rivoluzione di luna: oltre al giorno del suo principio o della nuova luna (*calendae*) veniva in esso distinto il giorno della luna piena (*Idus*) che cadeva nella metà del mese, e il giorno del primo quarto (*Nonae*) che si aveva circa nove giorni prima (secondo la numerazione nostra circa otto). La indicazione del singolo giorno del mese nel calendario si faceva numerando all'indietro del più vicino di quei tre punti, nei quali secondo l'uso romano si computavano i due giorni fra cui si trovava quel punto.

3) L'anno del più antico calendario Romano (il cosidetto anno Romuleo) constava di dieci mesi, di cui il primo era il mese di marzo, l'ultimo quello di dicembre. L'anno cioè il circolo (*annus*) della vita della natura cominciava col risveglio della natura in primavera e finiva col suo letargo invernale. Un progresso del calendario attribuito a Numa fu la divisione del tempo giacente fra due anni nei due mesi di gennaio e di febbraio il quale ultimo, come mese della purificazione, preparava il definitivo principio del nuovo anno. Secondo la predilezione Romana pei numeri dispari, la lunghezza dei singoli mesi fu stabilita in 31 giorno per marzo, maggio, quintile, ottobre, e per gli altri in 27 giorni, e gli *Idus* furon posti al 17 giorno innanzi le calende del mese più prossimo, adunque al 15 o al 13 del mese, sicchè le *nonae* cadevano o il 7 o il 5 del mese. Poichè però febbraio aveva un giorno meno degli altri mesi, l'anno di Numa constò di 355 giorni. Si volle riparare alla differenza fra quest'anno e l'anno solare, coll'aggiungere ogni due anni un *mensis intercalaris* che variava dai 22 ai 23 giorni. L'intercalazione avveniva alla fine di febbraio, in modo però che l'ultimo giorno di febbraio fosse aggiunto al mese intercalare. Nelle singole parti i pontefici regolavano liberamente il calendario, specialmente circa al tor via dei giorni, che era necessario di tempo in tempo come l'intercalazione già detta, perchè l'anno lunare di 354 giorni, che per esser pareggiato all'anno solare avea d'uopo di un'intercalazione di 45 giorni ogni quattro anni, in Roma era determinato troppo alto di circa un giorno. La pubblicazione del calendario fatto da Ca Flavio nell'anno 451

di Roma, limitò la sua ulteriore modificazione arbitraria da parte dei pontefici. Poichè però la regolare durata all'anno insieme alla intercalazione regolare continuarono nella medesima guisa di prima, la differenza fra l'anno romano e quello solare acquistò col tempo tali dimensioni, che C. Giulio Cesare si indusse alla riforma del calendario Cesare, come pontefice massimo:

1) Stabilì il principio dell'anno civile al primo giorno di gennaio nel quale già per l'innanzi cominciava di regola l'anno di carica dei Magistrati.

2) Portò la durata regolare dell'anno al numero di 365 giorni, portando gennaio e dicembre a 31 giorni e gli altri cinque mesi che prima aveano 29 giorni a 30 giorni ciascuno.

3) Per togliere la differenza fra l'anno civile e l'anno solare Cesare introdusse un giorno (*dies intercalaris*) nel medesimo luogo dove fino allora si era intercalato un mese. Il *mensis intercalaris* era stato posto talora dopo il 23, talora dopo il 24 febbraio; il giorno intercalare del calendario Giuliano è il *bissextum Calendas Martias*, cioè secondo la numerazione romana è congiunto al sesto giorno innanzi le calende di marzo, sicchè non è particolarmente numerato. Ingiustamente si afferma che esso sia posto innanzi a quel giorno il cui numero esso divide come il secondo dei giorni che lo portano: piuttosto esso è nelle fonti designato, in rapporto a quello, come *posterior dies*, è dunque non il 24 ma il 25 febbraio.

Censorin, de die natali cap. 20, Macrob Saturnal. 1. 12 sqq.

Si bissexto natus est, sive priore, sive posteriore die Celsus scripsit, nihil referre nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies Kalendarum intercalatur. l. 3 § 3 D de min. 4. 4. cf. l. 98 D. de V. S. 50. 16.

III. — Relativamente al computo del tempo si solleva la duplice questione circa alla natura di quegli spazii di tempo nei quali esso vien calcolato, e sul modo e maniera di calcolarlo.

A. Il diritto romano stabilisce come frammento di tempo regolatore il giorno del calendario, sicchè.

1) I frammenti di tempo che sono nel giorno del calendario non cadono in osservazione. Ciò dicasi specialmente delle ore. Poichè esse secondo la diversità delle stagioni sono di varia lunghezza, sicchè la ora omonima designa solo negli stessi giorni dell'anno la stessa parte

del giorno del calendario, così il solo caso in cui il diritto romano abbia riguardo alle ore, è quello in cui si tratta del termine di un determinato numero di anni (IV. I).

2) Dove il diritto rimanda a maggiori spazii di tempo del calendario, esso vuole in effetto rimandare ad essi non come tali, perchè sia regolare il raggiungere o l'oltrepassare di un mese o di un anno del calendario; ma piuttosto l'indicazione di tali maggiori spazii di tempo è soltanto una designazione più breve ed inesatta di una determinata somma di giorni del calendario.

a) Poichè i mesi sono di varia lunghezza, dovrà interpretarsi volta per volta qual somma di giorni si sia voluta indicare. Nel dubbio dovrà ritenersi indicato il numero di trenta giorni, non soltanto perchè è un numero tondo ed insieme quello che più si avvicina alla lunghezza media dei mesi, ma anche perchè in antico si usava per lo più di stabilire il termine di 30 giorni.

b) L'anno equivale alla somma di 365 giorni: ciò vale anche per l'anno bisestile, che oltrepassa in realtà questo numero, perchè il *dies intercalaris* non si numera come un giorno a sè, ma vien riguardato come se fosse identico al giorno, a cui viene aggiunto.

B. Fra il corso del tempo da giudicarsi nei singoli casi ed il numero dei giorni che lo designa, non vi è già un rapporto d'identità, che è invece escluso per cagione della differenza fra il limite fisso del giorno e il principio del termine contemplato, che può essere avvenuto in questo o in quel momento del giorno. Fra la durata di un termine e il numero dei giorni che lo indica vi è invece nel diritto romano questo rapporto che cioè quello si compie durante tal numero di giorni; sicchè adunque sarà il primo giorno quello in cui avviene la circostanza che fa cominciare lo spazio di tempo, e sarà l'ultimo giorno di quel numero quello in cui termina il tempo, computando inclusivamente il giorno del principio. Una domanda a cui si deve rispondere diversamente a seconda dei varii casi è questa, se il termine spira col principiare o col finire di quel *novissimus dies*. Perciò:

1) L'ultimo giorno di uno spazio di tempo di 10 giorni non è il decimo a partirsi dal giorno del principio, ma il decimo dei giorni che formano una serie con questo.

2) L'ultimo di quel numero di giorni che comincia col giorno dell'apertura dello spazio di tempo, è il giorno o della nascita o della fine di un determinato effetto giuridico. Poichè in ambedue i casi l'ultimo giorno dello spazio di tempo è il termine decisivo, così esso nel primo caso (nascita) produce col suo principio l'effetto giuridico contemplato, mentre nel secondo caso (fine) lo produce col suo terminare. Se col termine avuto in mira è unito tanto il principio che la fine di conseguenze giuridiche, decide l'importanza di quella conseguenza che apparisce come principale. Mentre perciò le obbligazioni terminano per prescrizione col finire dell'ultimo giorno, il dominio invece si acquista per usucapione col principio dell'ultimo giorno del termine assegnato per usucapire.

Anniculus ammittitur, qui extremo anni die moritur et consuetudo loquendi id ita esse declarat: ante diem decimum kalendarum, post diem decimum kalendarum: neque utro enim sermone undecim dies significatur. — Anniculus non statim ut nactus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum sed ad dies numeramus. L. 132, 134, V. S., 50, 16.

In usucapione ita servatur ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio: nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. L. 15 pr. D. de div. temp. præscr. 44, 33, Cfr. 6, 7 D. de usuc. 41, 3.

In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur non finit obligationem. L. 6 D. de obl. et act., 44, 7.

IV. — Poichè gli spazi di tempo del diritto romano terminano nel numero di giorni che li designa, la loro durata è per regola minore che quella di quel numero di giorni, la equipara solo eccezionalmente (quando il principio dello spazio di tempo coincide col sorgere del giorno e l'ultimo suo giorno ha l'importanza di un termine finale) e non può oltrepassarla mai. Però il diritto romano conosce *un* caso nel quale lo spazio di tempo, per un eccezionale calcolo delle ore, raggiunge sempre quel massimo; e una serie di casi, nei quali esso oltrepassa il numero determinato dei giorni, perchè certi giorni che cadono nello spazio di tempo non vengono computati.

Ciò avviene:

1) Nella *in integrum restitutio propter minorem ætatem,* la quale è concessa anche per il danno recato al minore nel giorno in cui terminava la minore età, innanzi l'ora della nascita.

Minorem autem vigintiquinque annis natu videndum, an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut, si captus sit restituatur; et cum nondum compleverit, ita erit dicendum ut a momento in momentum tempus spectetur. L. 3, § 3 D. de min., 4, 4.

2) Gli spazii di tempo, di un anno al più, assegnati per il ricevimento di certi atti da compiersi *in jure* sono, in contrapposto al *continuum tempus,* che forma la regola, designati come *tempora utilia:* sicchè si noverano soltanto i *dies utiles,* cioè non vengono computati quei giorni i quali, a cagione di un temporaneo impedimento, non potevano adattarsi al compimento dell'atto in questione.

C, L'ATTO.

1. IL NEGOZIO GIURIDICO.

a) *Concetto e specie.*

§ 26.

I. — Negozio giuridico è la manifestazione giuridicamente efficace di un'intenzione diretta ad una determinata conseguenza. Perciò sono essenziali al negozio giuridico la manifestazione di un'intenzione determinata, l'avvenimento di determinate conseguenze giuridiche ed un determinato rapporto fra le conseguenze sopravvenute e l'intenzione manifestata, poichè il diritto lega quelle conseguenze col negozio giuridico per assicurare con ciò l'effettuazione di quella intenzione.

II. — Il negozio giuridico si perfeziona mediante l'atto di una persona o per l'atto concorde di più persone che manifestano la stessa intenzione. L'atto del singolo, giuridicamente efficace di per sè, è un negozio giuridico unilaterale, invece la manifestazione dell'intenzione medesima fatta da persone diverse come di un'intenzione loro comune e che è giuridicamente efficace per l'accordo manifestato *(consensus),* si dice convenzione *(pactum, pactio, conventio).* Opposto al *negotium inter vivos* è il *negotium mortis causa* o atto di ultima volontà, la cui efficacia giuridica ha per condizione che chi ha fatto quell'atto muoia senza averlo revocato.

Est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. L. 1, § 2 D. de pact., 2, 14.

III. — Le azioni mediante le quali un negozio giuridico si perfeziona sono tali che, mediante esse, l'intenzione diretta ad una data conseguenza è *eseguita* o soltanto *dichiarata*. Nel primo caso non è necessario che la volontà, in forza della quale seguì l'atto, pervenga ad essere *espressa* con questo; nel secondo la volontà è manifestata in modo giuridicamente efficace anche allorquando essa non sussista in verità, quando solamente secondo il volere dell'agente la sua dichiarazione debba essere ritenuta come seria da colui per cui vale. Non ha quindi importanza la *reservatio mentalis;* all'incontro non è manifestazione della volontà diretta alla conseguenza in questione quella dichiarazione che non può essere ritenuta come seria.

Tit. C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur, 4, 22. Contractus imaginarii... juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate. L. 54 D. de obl. et act., 44, 7.

b) *La volontà nel negozio.*

§ 27.

I. — Un'azione è manifestazione efficace di un'intenzione determinata, soltanto allorchè ella *deve,* al tempo stesso, essere tale per volontà dell'agente e *può* esserlo per la sua natura esteriore. È dunque giuridicamente inefficace tanto quella volontà, che non è stata in realtà manifestata, perchè l'azione compiuta allo scopo di manifestarla non si presenta come possibile sua manifestazione, come pure quella circostanza la quale *sembra* soltanto una manifestazione di una data volontà. Quest'ultimo principio non vale solamente per qualunque circostanza verificatasi senza la volontà della persona di cui si tratta, ma anche per l'azione avvenuta di cosciente proposito ma non corrispondente ad esso per una involontaria deviazione dalla direzione data da quello, ed anche finalmente per quell'atto che apparisce altrui come manifestazione di un'intenzione che l'agente non voleva manifestare. I Romani considerano come *error* qualunque sbaglio commesso dall'agente, in forza del quale quella volontà, di cui

sembra dichiarativà l'azione sua, è diversa da quella che egli *voleva* con essa manifestare; così in particolare quando egli:

1) O per distrazione o per una particolare cagione che tolga il vincolo causale fra il proposito e il fatto, eseguisce un'azione diversa da quella che avrebbe voluto eseguire, in quanto, per es., sbaglia nel parlare o nello scrivere, o s'inganna relativamente all'oggetto della sua azione.

2) V'è pure errore quando l'agente, per imperizia della lingua, s'inganna nella scelta delle parole ed usa per manifestare una determinata intenzione parole che sembrano manifestazione di un'intenzione diversa.

3) Come la differenza tra il fatto e il proposito impedisce la esistenza dell'atto e la diversità del senso vero di una dichiarazione dal senso erroneamente compreso impedisce l'esistenza della manifestazione, così pure l'esistenza di una convenzione è impedita dalla differenza fra il contenuto della convenzione avuto in mira dall'una parte e quello avuto in mira dall'altra. Anche questo *dissensus* cade sotto il concetto dell'*error*.

La considerazione giuridica di un tale errore non è però illimitata. Una data dichiarazione non soltanto vale nel dubbio come manifestazione di quella volontà, di cui sembra manifestazione per la sua natura, ma ancora l'invocare l'assenza dell'intenzione da desumersi dalla dichiarazione è limitato in forza della responsabilità dell'agente per i falli commessi nell'eseguire il suo proposito e non subito corretti.

Qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. L. 3 D. de reb. dub., 34, 5.

Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans... placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est. Et si in re quis erraverit, utputa dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebitur. L. 9 pr. § 1 D. de her. inst. 28, 5.

In omnibus negotiis contrahendis..... si error aliquis intervenit ut aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. L. 57 D. de O. et A. 44, 7.

II. Il motivo di una azione è di regola indifferente per la efficacia giuridica di essa: però secondo le circostanze formano una eccezione i motivi del timore e dell'errore.

A) Il timore (*metus*) ha importanza nel caso *di vis* o constringimento, cioè di quella minaccia contraria al diritto, la quale rese illusoria nel minacciato la libertà d'elezione, perchè vi fu fondato timore del danno minacciato, e questo danno era importante. All'antico *jus civile* era in generale estranea la considerazione del *metus:* però l'Editto Pretorio accordò al costretto una azione (*actio quod metus causa*) che poteva dirigersi non solo contro il colpevole della coazione per il completo risarcimento dei danni, ma anche contro qualunque terzo, arricchitosi per il fatto suddetto, per la restituzione del guadagno; se il chiamato in giudizio rifiutava il compenso dovuto, era condannato alla pena del quadruplo. Rapporto alle persone, contro cui può dirigersi quella azione, il fatto involontario e forzato non è obbligatorio, perchè la sua efficacia giuridica verso il costretto è annullata dall'*exceptio metus*. Se la minaccia non aveva i caratteri di una vera coazione, tuttavia, a causa del *dolus malus* con essa manifestato, dava luogo ad un'*actio* e ad un'*exceptio doli*.

Ait praetor: *Quod metus causa gestum erit ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *Quod vi metusve causa;* vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam voluntati, metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.

Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.

Continet igitur haec clausula et vim et metum; et si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc edictum restituitur. Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam magistratus recte intulit, scilicet jure licito et jure honoris, quem sustinet.

In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. l. 1-3. 14 § 3 D. ht. 4. 2.

Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur; quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. Satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. l. 14 cit. § 1.

B) L'*errore* è:

1) Sempre considerato se dipende da un'inganno contrario al diritto o *dolus malus*. In contrapposto alla coazione però la consi-

derazione dell'inganno, parimente stabilita dall'Editto pretorio, si ha solo in rapporto col colpevole dell'inganno. Contro di questo in mancanza di altro rimedio si ha l'*actio doli* per il risarcimento; come pure di fronte a lui il fatto compiuto per l'inganno suo non è obbligatorio a causa dell'*exceptio doli*.

2) Negli altri casi soltanto l'errore scusabile (*error probabilis*) sopra un punto sostanziale, per l'accordo nel negozio *concreto*, secondo la natura della cosa o la dichiarazione, impedisce che l'atto abbia giuridica efficacia a danno dell'errante. L'errore sopra principii di diritto (*error juris*) è per regola inescusabile, a differenza dell'errore sopra il fatto (*error facti*).

Verba autem Edicti talia sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur judicium dabo.* Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem... sic definiit dolum malum esse: omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveneniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Ait praetor: si de his rebus alia actio non erit: merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a prætore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri. l. 1 § 1, 2, 4, D. de lib. 4. 9.

In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit, cum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. l. 2 D. de jur et fact. ign. 22 6.

c) *La forma del negozio.*

§ 28.

I. — La manifestazione di una volontà diretta ad un determinato effetto può avvenire talora in una forma arbitraria, tal altra soltanto in forme determinate. Nel Diritto romano è di regola richiesta una forma determinata; però questa regola fu in progresso di tempo indebolita da eccezioni sempre più numerose.

II. — Una manifestazione di volontà non formale può avvenire per qualunque azione che manifesti la volontà in modo chiaro e preciso, cioè:

1) Non solo con parole, ma anche con qualunque altro segno, come pure;

2) Non solamente in modo immediato, con tali fatti, la cui intera destinazione sia quella della dichiarazione, ma anche, in modo mediato, con quelli, nei quali oltre il loro significato speciale si contiene una manifestazione (*facta concludentia*), infine

3) Non solo mediante un fatto positivo, ma anche mediante una omissione volontaria concludente, p. es., l'omissione di una negazione.

Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare l. 142, D. de R. I. 50. 17.

III. — Oltre alle forme proprie a classi determinate di negozii giuridici, il Diritto romano conosce forme che si applicano a varie categorie di negozii giuridici: ad esse è comune il requisito di una certa pubblicità nella conclusione del negozio, si richiede cioè che il negozio sia concluso talora dinanzi a testimonii, talora dinanzi ad un magistrato.

A) Forme di negozii del *jus civile* speciale ai Romani sono quelle dell'acquisto d'un diritto mediante l'affermazione del diritto stesso in una formula determinata, affermazione che vien fatta, in presenza dell'altro contraente, o dinanzi a testimonii contemporaneamente alla pesatura di moneta di bronzo, che apparisce come causa dell'acquisto (*per aes et libram*), oppure dinanzi a un magistrato (*in jure*) nell'aspetto di un riconoscimento giudiziale del diritto.

1) Il negozio *per aes et libram* avviene dinanzi a cinque testimonii ad un *libripens*. Secondo l'originario significato dell'atto, qui l'acquisto avveniva mediante il pagamento di una determinata somma di danaro da parte dell'acquirente. Tale pagamento, che per un riguardo all'antichità di questo negozio, anteriore all'esistenza di monete coniate, si faceva pesando una quantità di bronzo, formava parte integrante dell'atto di acquisto. Però questa pesatura di danaro da effettiva divenne immaginaria, sicchè si mutò in una semplice formalità dell'atto d'acquisto, anzitutto in certi casi per la conservazione della solennità della pesatura, quando un pagamento non avvenuto in realtà dovea valer come tale riguardo all'acquisto che esso occasionava, come pure per la sua estensione a negozii che veramente non erano negozii pecuniarii: per tutti i casi divenne poi

una pura forma l'applicazione dell'*aes et libra*, dacchè i pagamenti effettivi in generale non si fecero più mediante la pesatura. Il genere del *gestum per aes et libram* si divideva nelle due specie della *mancipatio* e del *nexum*. Quella è una *imaginaria venditio*, mediante la quale il mancipante sottopone un oggetto, che è in suo potere, alla signoria altrui; sottospecie di essa con particolare forma, erano la sottoposizione della persona propria alla potestà maritale per *coëmtio*, e la disposizione sulla propria eredità per *familiae mancipatio*. In contrapposto alla *mancipatio*, il *nexum* era un mutuo imaginario, ossia una forma di stabilire un debito pecuniario, a cui stava di fronte *la nexi liberatio* come una forma di estinzione di debito.

Nexum Manilius scribit, omne quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia. Mucius, quæ per aes et libram fiant ut obligentur, præter quæ mancipio dentur. Varro de L. L. VII 105.

2) In *jure cessio* è quella cessione di un diritto, che avviene mediante il consenso espresso o tacito alla affermazione di un diritto fatto nella forma della *legis actio* dinanzi al magistrato in contraddittorio del privilegiato. Il cedente, non contraddicendo all'affermazione che l'acquirente fa *in jure* di quel diritto, abbandona il suo diritto contrario a quello, dopo di che il magistrato mediante *addictio* aggiudica quel diritto affermato all'acquirente. Mentre *per aes et libram* si potevano contrarre anche debiti, la *in jure cessio* invece è sempre l'abbandono di un diritto: però la cerchia della sua applicazione è più larga di quella della *mancipatio*: poichè qui la nascita del diritto avviene nell'aspetto di affermazione del diritto, questa forma riceve speciale applicazione a quei rapporti, la cui fondazione arbitraria era in origine impossibile.

In jure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, velut prætorem, vel apud præsidem provinciæ, is cui res in jure ceditur, rem tenens, ita vindicat: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo;* deinde post quam hic vindicaverit, prætor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Gai II. § 24.

B) Nell'ultimo periodo del Diritto Romano caddero a poco a poco quelle forme del *jus civile:* sorse invece, come forma che per lo

più suppliva quelle forme antiche e aveva più larga applicabilità, la *professio apud acta*, o dichiarazione nel protocollo giudiziale, la quale aveva in comune colla *in jure cessio* la necessità dello intervento di un magistrato, mediante la cui testimonianza era poi giuridicamente efficace la dichiarazione in qualsiasi forma a lui fatta. Questa forma trovò applicazione alle donazioni (§ 31. III. 3), alla fondazione ed estinzione della patria potestà, e ai testamenti.

d) *Il negozio condizionato.*

§ 29.

I. — Una dichiarazione può farsi in modo obbligatorio anche come eventuale, subordinata, secondo la volontà del dichiarante, ad una circostanza che si deciderà soltanto in futuro. La circostanza decisiva e la sua importanza, come anche l'innalzarla a importanza decisiva, si dice in senso tecnico *condicio* o *condizione:* nel suo significato letterale *condicio* è qualunque apposizione (*con-dicere*).

Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti: *si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?* § 4 I. de V. O. 3, 15.

Non sono vere condizioni:

1) La *condicio juris* che non nasce dalla volontà del dichiarante;

2) La condizione anticipatamente decisa, come:

a) La *condicio in praesens vel in praeteritum relata.*

b) La *condicio* necessaria o impossibile, *quae omni vel nullo modo extitura est.* Quanto al valore giuridico è trattata come la *condicio impossibilis* anche la *condicio turpis* che fa dipendere un vantaggio da una turpitudine.

Condiciones quæ ad præteritum vel præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem aut omnino non differunt, veluti: *si Titius consul fuit vel si Mævius vivit, dare spondes?* nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam certa sunt non morantur obligationem licet apud nos incerta sint. § 6 I. de V. O.

Qui sub condicione stipulatur, quæ omnimodo extitura est, pure videtur stipulari. l. 9. § 1. D. de novat. 46. 2.

II. — Si hanno diverse specie di condizioni,

1) Relativamente a ciò che è condizionale, secondochè dalla condizione dipende la sussistenza o l'annullamento della dichiarazione (condizione sospensiva e risolutiva).

Si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditio discedatur, erit pura emtio quæ sub condicione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio nisi melior conditio offeratur erit emtio condicionalis. l. 2 pr. D de in di. add. 18, 2.

2) Relativamente alla circostanza decisiva, secondochè essa:

a) consiste nell'avverarsi o nel non avverarsi di un fatto (condizione affermativa o negativa), e

b) il suo verificarsi è in potestà della persona o no (*condicio potestativa, casualis, mixta*).

(Sub condicione) vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus vel ex fortuna vel ex honoratæ personæ voluntate vel ex utroque pendeat. l. un. § 7. C. cad. toll. 6, 51.

III. — Fino al determinarsi della condizione, che può consistere nel verificarsi o nel mancare di essa, si dice che essa pende (*pendet condicio*), cioè sussiste la possibilità giuridicamente garantita della futura esistenza dell'effetto voluto sotto condizione. Tal possibilità vien annullata colla mancanza della condizione e vien tradotta in realtà col suo avverarsi: in quest'ultimo caso l'effetto voluto *sub condicione* si produce come un effetto già sussistente per l'innanzi per quell'eventualità che si è testè attuata.

Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum Iri, eamque ipsam in heredem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit. § 4 I. de V. O. 3. 15.

Quodsi sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio. Quodsi pendente condicione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse quasi jam contracta emtione in præteritum l. 8 pr. D. de per. 18, 6.

IV. — Per diverse ragioni diversi negozii non solo non comportano alcuna condizione vera e propria, ma neanche la forma della condi-

zione, sicchè il loro valore giuridico vien tolto via, se la manifestazione richiesta fu condizionata: tali sono in ispecie la *mancipatio* e la *in jure cessio*. l. 77. D. de reg. jur. 50, 17.

e) *Contenuto del negozio.*

§ 30.

I. — Come requisiti generali del contenuto di un negozio giuridico si possono porre soltanto quelli negativi, che esso non sia nè *impossibile*, nè *illecito*.

II. — Il contenuto del negozio è in parte,

1) tale che caratterizza il singolo negozio come applicazione di una determinata specie di negozii, sicchè esso, senza di tal contenuto, non sarebbe un negozio di quella data specie; in parte,

2) tale che lo si comprende di per sè nei negozii della relativa specie in mancanza di una contraria determinazione, ma per la cui mancanza però il negozio non cessa di appartenere a quella data specie; in parte finalmente,

3) tale, a cui si mantiene indifferente il concetto del genere di negozio riguardato, sicchè esso si può unire con quello, senza aver da esso l'origine.

La divisione, che di qui deriva in *essentialia, naturalia* e *accidentalia negotii*, è dunque una divisione del contenuto del negozio stesso in sostanziale, regolare e casuale dal punto di vista del relativo genere di negozii; per cui le determinazioni date dalle parti sono o *essentialia*, cioè determinazioni principali, o *accidentalia*, cioè determinazioni accessorie, mentre le *naturalia* provengono di per sè dalle determinazioni principali in mancanza di determinazioni accessorie che se ne allontanino.

III. — Fra gli elementi non essenziali del contenuto del negozio suole collocarsi il tempo entro il quale deve verificarsi la conseguenza del negozio. Se nulla in contrario si rileva dalla speciale natura di un dato genere di negozii, quel tempo coincide di regola con quello dell'origine del negozio; però quel tempo può anche essere protratto mercè una determinazione accessoria ed essere perciò ristretto l'effetto del negozio. Al termine onde si principia *(dies a quo)* si contrappone il termine finale *(dies ad quem)*, il quale stabilisce la fine

delle conseguenze del negozio in un tempo più lontano. Il momento di tempo decisivo è o determinato od ancora incerto nel tempo (*dies certus-incertus*). Allorchè è incerto s'esso verrà, la determinazione del tempo contiene una condizione.

Circa diem duplex inspectio est, nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem; ex die, veluti kalendis Martiis dare spondes? cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur; ad diem autem: usque ad kalendas dare spondes? L. 44, § 1, D. de O. et A., 44, 7.

Si Titio cum is annorum quattuordecim esset factus, legatum fuerit... non solum diem sed et condicionem hoc legatum in se continet, si effectus esset annorum quattordecim. L. 22 pr. D. qu. di. leg., 36, 2.

IV. — Non una semplice determinazione accessoria, ma bensì uno speciale negozio accessorio che limita l'effetto del negozio principale è il *modus*, cioè quell'aggravio congiunto ad una prestazione per il ricevente di questa, aggravio che apparisce come l'estrinsecazione di un'intenzione accessoria unita con l'intenzione principale della prestazione; poichè qui l'intenzione principale è quella della prestazione, il negozio principale è sempre un atto di liberalità.

Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur. L. 17, § 4, D. de C. et D., 35, 1.

f) *Lo scopo del negozio.*

§ 31.

I. — Nei negozii giuridici patrimoniali deve distinguersi dall'effetto immediato del negozio quello mediato, ossia lo scopo giuridico propostosi mediante il negozio stesso (*causa*). Se l'effetto immediato del negozio coincide con lo scopo giuridico di esso, il negozio è *oneroso*, quando tale effetto è duplice ed il vantaggio che se ne ha è la causa per cui si sopporta uno svantaggio. Invece è *lucrativo* quel negozio il di cui effetto vantaggioso perviene ad una delle parti senza nessun suo sacrificio.

II. — Se l'arricchimento di una parte avviene mediante un positivo sacrifizio pecuniario dell'altra, e tale arricchimento è la causa per

cui viene sopportato quel sacrifizio, il negozio è una donazione *(donatio)*.

L'arricchimento altrui, conseguito mercè un sacrifizio pecuniario, può non solo essere effetto immediato di un negozio concluso col donatario, ma anche effetto mediato del negozio conchiuso con un terzo: qui però il donatario è arricchito *causa donandi* solo se consente, diversamente è arricchito *sine causa*. Poichè dunque vi è una vera donazione solo in quanto colui che la riceve concordi coll'*animus donandi* del donatore, la donazione come tale è sempre una convenzione fra il donatore e il donatario.

III. — Il concetto della donazione ha importanza giuridica per le limitazioni a cui è sottoposta la sua efficacia giuridica.

1) Secondo il costume antico era affatto inefficace la *donatio inter virum et uxorem*.

2) Mediante la *lex Cincia de donis (et muneribus)* dell'anno 550 a. u. c., furono proibite le donazioni ad altre *exceptæ personæ*, come cognati ed affini, ove la donazione sorpassasse un certo valore (1000 assi?), La legge era una *lex imperfecta:* essa veniva ad avere effetto per questo che il magistrato rifiutava l'azione in tutti i casi a lui sottoposti. L'effetto della legge cessava per la morte del donatore (*morte Cincia removetur*), come pure per la volontaria e completa realizzazione della donazione. Fragm. Vat. 298 seg.

3) Mentre caddero in dimenticanza le disposizioni della *lex Cincia*, nel quarto periodo si richiese la forma della dichiarazione su un protocollo giudiziale (*professio apud acta* § 28, III, B) per le donazioni di un valore molto grande, stabilito assolutamente da Giustiniano in 500 solidi, la mancanza di tale *insinuazione* rendeva invalida qualunque donazione per l'eccedenza di quel valore.

4) Il patrono avea di fronte al liberto la facoltà di revocare la donazione, in origine assolutamente, più tardi soltanto per sopravvenienza di figli o per ingratitudine: Giustiniano ha proclamato un generale diritto di revoca per la ingratitudine grave.

Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et municificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur. L. 1 pr. D. 39, 5.

Donatio praedii, quod mancipi est, inter non exceptas personas tradi-

tione atque mancipatione perficitur, ejus vero quod nec mancipi esl traditione sola. Fragm. Vat. § 313.

Cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores ducentarum fuerant solidorum, nostra constitutio eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. § 2, J. ht., 2, 7.

g) *Il negozio invalido.*

§ 32.

È giuridicamente invalido quel negozio il cui effetto giuridico avuto in mira si trova di fronte ad un ostacolo giuridico: esso è un negozio che non esiste pel diritto (*nullum*), *non è* un negozio giuridico. Al negozio nullo si contrappone il negozio annullabile, che può venir privato della sua esistenza giuridica impugnandolo. Poichè però l'esistenza di un atto giuridico è un'esistenza momentanea identica colla sua nascita, si può parlare del suo proprio annullamento, in contrapposto all'estinzione dei suoi effetti, soltanto nel senso che esso posteriormente si consideri quasi non pervenuto mai ad esistenza giuridica; come avviene segnatamente nel caso della *in integrum restitutio*. La *convalidazione* posteriore di un negozio nullo è un'espressione inesatta, per significare talora l'origine posteriore di un negozio valido con ugual contenuto, talora il sopravvenire di una circostanza che stabilisce la validità, fino allora dubbia, di un negozio. L'invalidità può essere anche parziale in riguardo del contenuto ovvero della persona: il contratto che obbliga soltanto una parte si dice *negotium claudicans*.

Hoc colore inofficioso testamento agitur quasi non sanæ mentis fuerunt ut testamentum ordinarent. — Si ex causa de inofficioso cognoverit judex, et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso jure rescissum est. L. 2, 8, § 18, D. de inoff. test., 5, 2.

Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. L. 29, D. de R. I., 50, 17.

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. L. 13, § 23, D. deact. emti 19, 1.

2. IL DELITTO.

§ 33.

I. — *Delictum* o *maleficium* è la lesione di un altro, lesione contraria al diritto e che attribuisce al leso, a scopo della sua soddisfazione, un'azione contro chi è responsabile della lesione. Contrassegni del delitto sono quindi:

1) Un'azione proibita dal diritto;

2) Una lesione, avvenuta per tale azione, di un'altra persona;

3) Una punizione giuridica della lesione mediante lo stabilirsi di un credito del leso verso il colpevole.

II. — Secondo che la lesione è stata voluta dal delinquente con intenzione contraria al diritto, o non è stata evitata da esso per trascuranza delle cure consuete, si ha la responsabilità di *dolus malus* o di *culpa*. Poichè però il momento negativo di un contegno non diretto a schivare la lesione è comune a qualunque colpevolezza, si chiama *culpa* tanto il malfatto in generale quanto l'omissione in particolare.

La *culpa* in quest'ultimo senso è:

1) *Levis culpa* ovvero *negligentia*, come semplice trascuratezza od omissione della diligenza osservata di regola da un diligente capo di famiglia (*diligentia diligentis patris familias*); oppure

2) *lata culpa*, come uno sbaglio imperdonabile che in generale non succede a un diligente.

Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere quod omnes intelligunt. L. 213, § 2, D. de V. S., 50, 16.

Culpa autem abest si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. L. 25, § 7, D. loc., 19, 2.

III. — La lesione è o un affronto personale o un danno pel leso. Mentre quello in generale produce le conseguenze giuridiche dell'*injuria* soltanto se fatto *dolose*, invece il secondo è di importanza giuridica:

1) Come arrecato *culpose* in quei particolari casi nei quali il diritto stabilisce un obbligo alla *diligentia*, invece

2) se arrecato *dolose* senza eccezione, poichè in mancanza di

altra conseguenza giuridica dà luogo all'*actio doli pretoria,* ove però il danno non sia soltanto modico.

Verba autem edicti talia sunt: Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his alia actio non erit et justa causa esse videtur judicium dabo. L. 1, § 1, D. de dolo malo, 4, 3.

Merito causæ cognitionem prætor inseruit, neque enim passim hæc actio indulgenda est; nam ecce in primis, si modica summa sit idest, usque ad duos aureos, non debet dari. L. 9, § 5-11, pr. eod.

IV. — La conseguenza giuridica della lesione è o la punizione del colpevole o il risarcimento del leso. La soddisfazione del leso può essere:

1) Esclusivamente punizione del colpevole, quando la lesione è o un affronto personale o tale che il leso ha diritto di chiedere insieme alla punizione anche una restituzione del suo.

2) Una punizione che fa al tempo stesso le funzioni di risarcimento, quando il danneggiato è limitato alla richiesta della pena.

3) Un semplice risarcimento quando lo scopo e l'oggetto dell'azione si esauriscono nel sanare il danno sofferto dal leso, il che segue specialmente nel caso dell'*actio doli.*

V. — Ogni qualvolta è dovuto un risarcimento al leso, la punizione della lesione avviene o mediante una propria azione *ex delicto* o perchè si faccia valere il diritto leso; quando specialmente questo, anche avanti la lesione, fondava un'azione contro il colpevole, può il suo effetto estendersi anche alla punizione della lesione.

3. IL SOGGETTO DELL'ATTO.

§ 34.

I. — Cause di una minore capacità di azione sono l'età giovanile, il sesso femminile, il disordine morale od economico.

A. Per immaturità giovanile:

1) È affatto incapace di azione l'*infans,* ossia chi non può far uso del più importante mezzo di dichiarare la volontà, cioè della parola; come limite dell'infanzia fu finalmente fissato il settimo anno compiuto.

2) Ha capacità limitata l'*impubes*. *Impuberes* sono le ragazze

fino a 12 anni compiti: pei maschi il termine dell'impubertà era segnato dal ricevimento della *toga virilis*, la cui epoca dipendeva dal parere della famiglia. Poichè a tal riguardo, per la decadenza degli austeri costumi repubblicani, erano avvenute importanti variazioni, si faceva sempre più sentire il bisogno di un determinato termine fissato dal diritto. A questo bisogno tennero calcolo i Proculiani, i quali applicarono nel diritto privato l'età di 14 anni compiti necessaria per l'obbligo ai *munera publica;* mentre i Sabiniani sostenevano che dovesse considerarsi come decisiva soltanto la effettiva *pubertas* o l'individuale maturità del singolo: fra le due opinioni, delle quali la prima trionfava soddisfacendo sola ai bisogni della pratica, stava una terza intermedia, la quale riteneva il compimento del 14° anno come il termine minimo del cominciamento della pubertà, soggetta inoltre alla condizione della maturità individuale.

Ulp. XI, 28; pr. I. quib. mod. tut., 1. 22.

L'*impubes* è

a) incapace di far testamento: invece è capace di tutti gli altri negozii giuridici, però con questa limitazione, che essi possono avere efficacia contro di lui solo quando ha preso parte personalmente alla loro conclusione il tutore come assistente giuridico del minorenne (*auctoritatem interposuit*).

Gai. II, § 80-84, III, § 107-109.

Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri. L. 9, § 5, D. de auct. tut., 26, 8.

b) Pei delitti *l'impubes* è tenuto in quanto possono imputarsi a lui secondo la misura della sua maturità individuale.

Julianus saepissime scripsit, doli pupillos qui prope pubertatem sunt capaces esse. L. 4, § 26, D. de doli exc., 44, 4.

3) Ai pericoli cui era congiunta negli *adolescentes* la completa capacità del *pubes*, a causa della spensieratezza propria all'età giovanile, ovviò una *lex Plætoria* circa al tempo della seconda guerra punica. Essa da un lato minacciava una pena pecuniaria per le soperchierie contro un *minor viginti quinque annis*, alla cui esazione autorizzava qualunque cittadino, e dall'altro lato attribuiva al *minor* la facoltà di

richiedere dal magistrato la nomina di un curatore (*curator*) allo scopo di essere consigliato nella conclusione dei negozii che aveva in mente. Queste norme della legge ricevettero una sostanziale estensione dapprima sotto l'aspetto di reazione contro il danno sofferto dal minore mediante la concessione fatta dal pretore della *in integrum restitutio propter minorem ætatem* e quindi come difesa contro il danno minacciato mercè la legislazione imperiale, la quale non soltanto attribuì a qualunque minore la facoltà di chiedere un curatore stabile, ma ordinò altresì che esso fosse consultato nel processo e nella domanda di pagamento di un minore, sicchè in questi casi anche all'altra parte del processo o del negozio spetta il proporne la nomina. Perciò nel diritto più recente divenne la regola che i minori avessero un curatore nelle cui mani era l'amministrazione del loro patrimonio. Dalla facoltà di amministrazione del curatore derivò l'assoluto impedimento del minore a disporre liberamente del proprio patrimonio. Tale limitazione è però semplicemente relativa: non la *minor ætas* come tale, ma il diritto del curatore impedisce la disposizione e il consenso di quello toglie l'ostacolo.

Masculi puberes et feminæ viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt, qui, licet puberes sint, adhuc tamen huius ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. Pr. I. de cur., 1, 23.

B. Le donne, finchè durò la tutela del sesso, abbisognavano dell'*auctoritas tutoris* per qualunque obbligazione e per l'alienazione delle cose che erano possibile oggetto di *mancipatio:* sotto uguale condizione erano capaci della testamentifazione, dapprima a loro affatto proibita. Gai. II. 80-85.

Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus in his rebus: si..... se obligent, si civile negotium gerant... si rem mancipi alienent. Ulp. XI, 29.

C. È privo di ogni capacità il pazzo (*furiosus*); in rapporto ai negozii di alienazione e di obbligazione gli è pareggiato il *prodigus*, cioè colui che è escluso, mediante un decreto del magistrato, dalla disposizione del suo patrimonio e dal commercio a causa delle sue dilapidazioni.

Moribus per prætorem interdicitur hoc modo. *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.* Paul. III, 4ª § 7.

Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit; tradere vero non potest vel promittendo obligari. Ulp. L. 6, D. de V. O., 45, 1.

II. — Per altri che l'agente, un atto genera effetti giuridici come delitto nel caso della istigazione, che quanto alla responsabilità per diritto privato è uguale all'atto stesso, e dell'aiuto; come negozio

1) in conseguenza della subiezione dell'agente, per la quale gli atti d'acquisto del membro della famiglia estrinsecano il loro effetto nella persona del capo di famiglia, con eccezione però della *in jure cessio*, la quale in conseguenza della forma a lei propria di rivendicazione di un diritto dinanzi al magistrato ha per condizione la facoltà di intentare l'azione che manca alla *persona subiecta*. (Gai, II, 86-96);

2) in conseguenza di un diritto dell'agente che lo autorizzi ad alienare i beni altrui: così il tutore e il curatore dispongono dei beni delle persone loro sottoposte, l'amministratore di una persona giuridica sui beni di questa.

3) Per principio il diritto romano nega la possibilità di agire per conto di un altro, in forza di autorizzazione avuta, coi medesimi effetti, con i quali avrebbe agito egli stesso. Dal rappresentante deve distinguersi:

a) Chi agisce in proprio nome a vantaggio altrui, sicchè gli effetti del negozio si verificano immediatamente nella persona del rappresentante e solamente per trasmissione nella persona del rappresentato;

b) Chi non è subietto di volontà propria che sostituisce quella di un altro, ma è solamente apportatore della volontà altrui: in ispecie il *nuntius*.

È possibile in via d'eccezione l'acquisto del possesso e dei rapporti giuridici prodotti da esso mediante rappresentante.

Per liberas personas, quæ in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest, sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Paul. V, 2, § 2.

III. LA COAZIONE GIURIDICA

1. IN GENERALE.

§ 35.

I. — Poichè i comandi del diritto non soltanto richiedono obbedienza come contenuto della volontà comune, ma vi costringono mediante l'azione della comunità, così il singolo è non soltanto subietto di un dovere giuridico, ma anche oggetto di una giuridica coazione. In conseguenza di ciò il diritto subiettivo non solo richiede un'azione dei terzi ad esso conforme, ma autorizza il privilegiato a valersi di una coazione da dirigersi contro di essi. Questa facoltà non si spinge però fino ad esercitare la coazione applicando la propria azione individuale, il che è permesso soltanto a scopo di respingere una coazione antigiuridica (nel caso della necessaria difesa), e negli altri casi è punibile secondo un decreto di Marco Aurelio: invece l'atto concesso al singolo a scopo di coazione giuridica, è la chiamata dell'avversario in giudizio. Tanto questa chiamata come la facoltà di chiamare in giudizio, inerente al diritto privato, si chiama *actio* (azione). La sua esistenza coincide con quella del diritto privato: poichè però essa rimane priva di oggetto fintanto che il privilegiato ha tutto ciò che egli è autorizzato a domandare, si dice *actio* in stretto senso la presente giuridica possibilità di chiamare in giudizio con efficacia un determinato avversario. Se l'attore ha da richiedere lo stesso per diverse cause, quando è a lui pervenuto il suo, periscono tutte le azioni *concorrenti*.

Extat decretum D. Marci in haec verba: « Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris » Cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Cæsar dixit: « Tu vim putas esse solum si homines vulnerarentur? Vis est et tunc quotiens quis id quod deberi sibi putat non per judicem deposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo judice possidere vel accepisse isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit. » L. 13, D. qu. met., 4, 2.

Vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittent. L. 45, § 4, D. ad l. Aq., 9, 2.

Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur. L. 1, § 27, D. de vi, 43, 16.

Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi. L. 1, D. de obl. et act., 44, 7.

II. — L'esercizio dell'*actio* fa sì

1) Che il rapporto giuridico fatto valere con essa diventa obietto del processo e della decisione giudiziale, come pure

2) Che la persona o i beni dell'avversario vinto diventano obietto dell'esecuzione.

III. — Oltre ed innanzi al passaggio della persecuzione del diritto per gli stadii del processo e dell'esecuzione, cade in esame:

1) L'impedimento di essi mediante una *exceptio;*

2) La riattivazione di un diritto perduto mediante la *in integrum restitutio.*

IV. — Il diritto, che in varii casi spetta, di chiedere la garanzia dà luogo ad un'assicurazione dell'esito futuro di un diritto: questa garanzia è

1) O una garanzia da prestarsi dall'avversario mediante una promessa convenzionale (*cautio*) con o senza costituzione di mallevadori (*satis datio*) o di pegno pel suo soddisfacimento;

2) O una garanzia concessa sul patrimonio dell'avversario od una parte singola di quello mediante un'autorizzazione del magistrato alla custodia (*missio in possessionem*).

Stipulationum prætoriarum quædam sunt quæ satisdationem exigunt quædam nudam repromissionem prætoriæ satisdationes personas desiderant pro se intervenientium. L. 1, § 5, L. 4 de stip. præt., 46, 5.

Cum... bona possidere. Prætor permittit... custodiam rerum et observationem nobis concedit. L. 12, D. qu. ex caus., 42, 4.

2. L'ACTIO.

§. 36.

Tit. I de actionibus, 4, 6.

I. — Formalmente l'*actio*,

A. Riguardo alla sua nascita,

1) Secondo la sua origine dal diritto del popolo o dall'amministrazione indipendente della magistratura è *civilis* od *honoraria.*

Sed istae quidem actiones quarum mentionem habuimus et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus causis dependunt. Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet. § 3, J. ht.

2) Pel modo della sua nascita nel suo rapporto colle altre azioni, è una *actio utilis* l'applicazione per analogia di un'*actio*, la quale si chiama *directa* nei limiti della sua applicazione immediata.

Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. L. 21, D. de præscr. verb., 19, 5.

B. Secondo il concepimento della *formula* (v. § 12) che regola l'esame e decisione del magistrato, l'*actio*

1) È *in jus* o *in factum concepta* secondo che la *formula* come ciò che deve determinare la sentenza, designa o il rapporto giuridico disputato, o i fatti che son condizione della sua esistenza. Le *in factum actiones* appartengono alle *honorariæ*.

Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium ant nobis dari oportere aut pro fure damnum: quibus juris civilis intentio est. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentionis conceptio est, (sed) initio formulae nominato eo quod factum est adiiciuntur ea verba per quæ judici damnandi absolvendique potestas datur. Gai. IV, 45, 46.

2) *Ficticia* è l'*actio* quando la *formula* richiede soltanto l'ipotetica esistenza del rapporto a cui essa si riferisce, in quanto che debba farsi astrazione da un singolo requisito di quello. La *ficticia actio* è un'*utilis actio*, il cui rapporto colla *directa actio* è espresso nella maniera particolare in cui è concepita.

Civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi; veluti si furti nomine agat peregrinus aut cum eo agatur, in formula ita concipitur: *I. e. si paret ope consilio Dionis Hermaei Titio furtum factum esse pateræ aureæ quam ob rem eum si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret* et reliqua; item si peregrinus furti agat, civitas ei romana fingitur; similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni injuriæ agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana judicium datur. Gai. IV, § 37.

C. Riguardo ai suoi effetti processuali l'*actio* è:

1) Secondo la diversità dell'introduzione del processo, *actio* in istretto senso ed *interdictum*. All'ordine del magistrato di una procedura *in judicio* sta di contro il provvedimento del magistrato mediante un decreto immediato dato innanzi l'esame della cosa (*interdictum*). Ove però questo comando non venga ubbidito, la disputa sulla sua trasgressione, dipendente dalla considerazione dei suoi presupposti di fatto, diviene oggetto dell' esame del giudice, sicchè l'interdetto è soltanto una forma particolare di aprire il processo. L'interdetto è o proibizione (*i. prohibitorium*) o comando di restituire qualcosa (*i. restitutorium*) o di esibire qualcosa (*exhibitorium*). Gai. IV, 139 seg.

2) Secondo la diversità dell'andamento processuale si dice *extraordinaria* in contrapposto all'*ordinaria* quell'*actio* che è riservata per eccezione all'esame e alla decisione del magistrato: mentre secondo la regola del processo romano il suo ordinamento dinanzi al magistrato (*in jure*) doveva distinguersi dal suo andamento e dalla sentenza *in judicio*.

Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utpote fidei commissorum, et si quæ aliæ sunt, quæ non habent juris ordinarii exsecutionem. L. 178, § 2, D. de v. s., 50, 16.

II. — Per la sua importanza giuridica materiale l'*actio*

A. Riguardo alla persona,

1) Relativamente alla determinazione dell'attore o alla sua legittimazione attiva è *popularis* o *privata* secondo che nasce dal diritto dei cittadini o per un particolare diritto di un privato. Anche l'*actio popularis*, riguardo al suo oggetto, è una domanda privata, perchè anche promovendo quella l'attore chiede qualcosa per sè. Le *actiones populares* sono di origine pretoria e devono distinguersi da quelle azioni dello Stato o di una comunità stabilita in varie leggi, che possono farsi valere in difesa della comunità da qualunque dei suoi membri.

Eam popularem actionem dicimus, quæ suum jus populo tuetur. L. 1, D. de poa. act., 47, 43.

2) Relativamente al fondamento dell'azione o alla sua legittimazione passiva, l'azione è tale che può dirigersi *in rem* o *in personam*.

poichè talora fa valere il diritto affermato dall'attore come tale, talora un particolare obbligo del convenuto. Se il fondamento dell'obbligo è un delitto esso non passa nella persona dell'erede contro il quale perciò le *actiones ex delicto* non producono che la restituzione dell'arricchimento.

Omnium actionem summa divisio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditæ actiones in rem sunt. § 1, I. h. t.

3) Lo scopo dell'azione è o il vantaggio dell'attore che deve essere protetto nel suo diritto, o il danno del convenuto che deve punirsi pel suo fatto antigiuridico, quindi l'*actio* è *rem persequens* o *pœnalis*, *rei* o *pœnæ persecutio*. *Mixta* è quell'azione che tende all'uno e all'altro scopo per determinate parti. *Vindictam spirans* è quell'*actio* che tende ad una soddisfazione personale per un affronto inferto dal convenuto senza necessità, e perciò non spetta agli eredi dell'offeso.

Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt. Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones, earum vero actionum, quæ in personam sunt, hae quidem quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur. Ex maleficiis vero proditæ actiones aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aliæ tam poenæ quam rei persequendæ et ob id mixtæ sunt. § 16-18, eod.

4) In contrapposto a quella procedura giudiciale che contrappone come distinte le parti di attore e di convenuto, è *duplex judicium* quel procedimento nel quale, secondo il concetto suo, a ciascuno dei contendenti spetta tanto la parte di attore che quella di convenuto. Tale è il caso:

a) Del *judicium divisorium*, cioè dello scioglimento fatto dal magistrato di una comunione giuridica esistente: chi chiede questo chiede che a ciascuna parte venga attribuito il suo;

b) Negli *interdicta retinendæ possessionis* (§ 56).

Judicium communi dividundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum tale est ut in eo singulæ personæ duplex jus habeant agentis et ejus quocum agitur. L. 10, D. fin. reg., 10, 1.

B. Oggetto dell'azione è talora la constatazione del diritto asserito dall'attore, talora la condanna del convenuto ad una prestazione verso l'attore. Poichè l'*actio in personam* consiste nel far valere un obbligo del determinato convenuto verso l'attore, non è qui necessario di constatare particolarmente il diritto dell'attore. Invece:

1) La constatazione mediante *pronuntiatio* del diritto asserito dall'attore, è il primo oggetto di qualunque azione *in rem* e l'unico oggetto della *præjudicialis actio*, la quale, in contrapposto a tutte le altre azioni, consiste nella richiesta della decisione su un punto di diritto controverso tra le parti.

Præjudiciales actiones in rem esse videntur. Quales sunt, per quas quæritur an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo; ex quibus fere una illa legitimam causam habet per quam quæritur, seu aliquis liber fit; ceteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. § 13, J. h. t.

2) Oggetto di qualunque *actio* non pregiudiciale è la *condemnatio*, ossia la condanna del convenuto ad una prestazione verso l'attore. Secondo la regola della procedura formulare essa è una *pecuniaria condemnatio*, cioè la condanna al pagamento di una somma di danaro rappresentante il valore di ciò che ha da esigere l'attore.

Omnium autem formularum, quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Gai. IV, 48.

3) *Arbitrariæ actiones* son quelle nelle quali per un rimando, contenuto nella *formula*, all'*arbitratus* del giudice, questi relativamente alla *condemnatio* ha libera facoltà di provvedere sia quanto alla misura di essa, sia quanto all'esclusione sua per un diverso soddisfacimento dell'attore. (§ 39, I. B. a).

Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, ac-

tori satisfaciat (veluti rem restituat, vel exibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat), condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. § 31, I. h. t.

4) In contrapposto a qualunque altro genere di procedimento il *judicium divisorium* è diretto a dar vita giudizialmente a un nuovo rapporto giuridico mediante l'*adjudicatio*. Poichè qui spetta al giudice da un lato l'aggiudicazione dei diritti (non da constatarsi ma da costituirsi), e dall'altro la condanna secondo le obbligazioni provenienti dalla comunione e dal modo del suo scioglimento, le *actiones divisoriæ* sono quindi *mixtæ* in vista dell'oggetto loro.

Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem, quam in personam. Qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare et, si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condenmare. § 20, I. h. t.

C. Riguardo alla loro durata le azioni si distinguono in *perpetuæ* e *temporales*.

1) Quando il pretore cominciò a far derivare azioni da rapporti che per il *jus civile* non avevano importanza giuridica, mitigava per lo più tal deviazione dal diritto costituito mercè la stretta limitazione nel tempo dell'azione, valida solamente *intra annum* (*utilem*). Un più breve spazio di tempo valeva per le *actiones aedilicitæ*, a cagione della natura loro particolare.

2° Oltre a ciò nell'epoca imperiale.

a) Le obbligazioni penali spettanti al *fiscus* erano limitate a un determinato tempo, e,

b) Le *quaestiones de statu* eran permesse soltanto ancora *intra quinquennium* dalla morte della persona, come pure,

c) Il possesso giuridico continuato almeno 10 anni era protetto contro le turbative.

3° Sotto Teodosio II (424) fu per la prima volta stabilito che le azioni tutte potessero farsi valere entro un dato tempo, ossia fu introdotta una generale *prescrizione delle azioni*.

Il tempo generale della prescrizione, in mancanza di un termine più breve già fino allora sussistito che tenesse il campo, fu stabilito in 30 anni: per singoli casi, nei quali era divenuto dubbioso il valore dello spazio trentennale, si stabilì un termine di quarant'anni. Oggetto della prescrizione è l'*actio* in stretto senso. Essa comincia coll'esistenza di un rapporto che autorizzi a chiamare dinanzi al magistrato un avversario determinato, e produce l'impossibilità di un'ulteriore richiesta di questo avversario o di chi subentrò ai di lui diritti. La chiamata dell'avversario, come il proprio riconoscimento del suo debito interrompono la prescrizione. Poichè il diritto di credito in contrapposto dei diritti reali non autorizza ad altro che chiamare dinanzi al magistrato un determinato obbligato, l'estinzione dell'*actio* si identifica con quella dell'*obligatio*, mentre che tale estinzione non produce la cessazione del diritto reale.

Quæ ante non motæ sunt actiones 30 annorum jugi silentio, ex quo competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. l. 1. C. de praescr. 30 vel 40 annorum 7. 39.

V. LEXCEPTIO.

§ 37.

Gai IV. 115 - 129

I. — L'*exceptio* (1) è una circostanza in forza della quale in certi casi è infondata la domanda dell'attore, benchè il diritto da lui fatto valere sussista e da quello nasca di per sè quella domanda. Una tale eccezione alla efficacia del diritto dell'attore, può nascere.

1) Da particolari diritti del convenuto, di effetto opposto ai diritti dell'attore, così di fronte a chi fa valere il proprio dominio un diritto sulla cosa altrui.

---

(1) Alcune eccezioni prendono anche il nome di *praescriptio,* il quale proviene da ciò che nelle *formulae* veniva prescritta al giudice la valutazione di certe eccezioni, in una parte sostanziale della formula precedente all'*intentio.* (Gai IV. 133).

2) Se una azione fondata nel *jus civile* è infondata nel diritto pretorio, essa si considera, poichè il pretore *jus facere non potest*, come fondata *ipso jure*, ma privata di effetti *ope exceptionis*.

3) Di fronte all'*actio in factum concepta* apparisce *exceptio* qualunque fatto che lasci considerare come infondata la domanda ad onta del riscontro dei fatti che le danno luogo.

Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio l. 2. pr. D. de exc. 44. 1.

Comparatæ sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari. Gai IV. 116.

Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. l. 112 D. de Reg. Jur. 50. 17.

II. — L'*exceptio* appartiene:

1) Come tale sempre al diritto pretorio, poichè la sua introduzione nella formula dipende sempre dalla *jurisdictio;* però la valutazione che il pretore fa della circostanza osservata può essere conforme o no al *jus civile*.

Vel ex legibus vel ex his, quæ legis vicem obtinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione praetoris proditæ sunt. Gai. IV. § 118.

2) Come il *jus honorarium* di fronte al *jus civile*, così anche l'*æquitas* come tale può di fronte al *jus* pervenire ad esser valutata dal pretore mediante la concessione di un'*exceptio:* l'*exceptio doli* in senso lato nasce da qualunque circostanza, la cui valutazione è richiesta dall'*æquitas*, la cui non osservazione da parte dell'attore si considera quindi come *dolus* o iniquità.

Ideo autem hanc exceptionem prætor proponit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit. Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem quia dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. L. 1. § 1. L. 2 § 5 D de dol. exc. 44. 4.

3) L'efficacia dell'*exceptio* sia riguardo al tempo sia rispetto alle persone in favore o contro delle quali opera, è talora illimitata, talora limitata: l'*exceptio* è quindi:

a) O *peremptoria sive perpetua*, o *dilatoria s. temporalis*, secondo che essa *perimit* o *differt actionem*, sicchè in forza di essa la domanda dell'attore vien privata di valore o per sempre o temporaneamente,

Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent nec evitari possunt qualis est doli mali et rei judicatae et si quid contra legem senatusveconsultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui i. e. ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent sed evitari possunt, qualis est parti conventi temporalis i. e. ne forte intra quinquennium ageretur. l. 3. D. h. t.

b) L'*exceptio* è una circostanza la quale vuol essere valutata o da qualunque attore o solo da un attore determinato (*in rem* — *in personam opponitur*), ed alla quale può ricorrere o qualunque convenuto o solo un convenuto determinato, (*personæ-rei cohæret*).

Exceptiones, quæ personæ cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios. Rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatæ, doli mali, juris jurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori. l. 7. pr. § 1. D. h. t.

III. — Nel rapporto in cui sta l'*exceptio* coll'*actio*, sta pure colla *exceptio* la *replicatio* come una circostanza che dà luogo ad una deviazione dagli effetti dell'*exceptio* ed in forza della quale la domanda dell'attore rimane efficace ad onta della valutazione dell' *exceptio*. Alla *replicatio* può di nuovo contrapporsi una *duplicatio* e così via.

Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt: quæ quidem ideo necessariæ sunt ut exceptiones excludant. l. 2 § 1. D. h. t.

IV. LA IN INTEGRUM RESTITUTIO.

§ 38.

I. — In *integrum restitutio* è in generale qualunque ristabilimento di una anteriore condizione di cose: in stretto senso essa è;

1) Un atto non di applicazione del diritto ma di correzione del

diritto: con essa l'autorità del magistrato, come rappresentante della vivente equità, impedisce un effetto del diritto astratto che sarebbe iniquo in rapporto al caso concreto.

2) Poichè la *restitutio* priva di forza la regola del diritto, come non equa nel caso concreto, essa impedisce l'efficacia del diritto non soltanto nel senso della sua estinzione a causa di una contraria efficacia, ma in guisa che fa considerare come non mai cominciata quell'efficacia e come tuttora esistente lo stato di diritto, che era cessato a causa di quella.

Integri restitutio est redintegrandæ rei vel causæ actio. Paul. I. 7 § 1. Utilitas hujus tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam prætor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem — sive per status mutationem, aut justum errorem. — Omnes in integrum restitutiones causa cognita a prætore promittuntur: scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. l. 1-3 D. ht. 4. 1.

II. — Col decorso del tempo sparì il carattere della *in integrum restitutio* come correzione del diritto proveniente dal libero esame del magistrato, poichè:

1) Il pretore stesso fissò per molti casi nel suo editto le condizioni della restituzione, e:

2° In conseguenza della identificazione, effettuatasi sotto Diocleziano, dell'autorità pretoria con la carica del giudice il diritto dalla restituzione divenne una facoltà del giudice chiamato ad applicare il diritto.

III. — La restituzione avviene:

A. Non senza necessità o senza un danno da risarcire che abbia d'uopo di un soccorso straordinario perchè non bastano a sanarlo gli ordinarii mezzi del diritto.

In causæ cognitione etiam hoc versabitur, cum forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem; nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. l. 16. pr. D. de minor. 4, 4.

B. Non senza una particolare cagione (*justa causa*), la quale impedì di sfuggire al danno avvenuto.

Una tale cagione è:

1) La *minor aetas:* essa è causa della restituzione non soltanto contro l'azione propria dannosa per la inconsideratezza sua, ma anche contro quella del tutore, giacchè qui la rappresentanza mediante il tutore, e quindi il danneggiamento per una cattiva rappresentanza hanno ugualmente il loro fondamento nell'età minore. La *in integrum restitutio minorum* trova applicazione per analogia alle comunità che hanno sofferto danni per causa dei loro amministratori.

Prætor edicit; quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam. l. 1 § 1 D de min. 4. 4.

2) I *majores* godono in generale della restituzione non per le azioni, ma per le omissioni soltanto, quando esse non furono volontarie o ad essi imputabili, ma necessitate. Tale è la *in integrum restitutio propter absentiam* così chiamata dal caso più frequente d'impedimento.

Hujus edicti causam nemo non justissimam esse confitebitur; læsum enim jus per id tempus, quo quis rei publicæ operam dabat, vel adverso casu laborabat, corrigitur, nec non et adversus eos succurritur, ne vel obsit vel prosit quod evenit. Verba autem Edicti talia sunt: *Si cujus quis de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset, sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset aut quod non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret neque defenderetur cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta decreta principum licebat.* L. 1 D ex q. c. m. 4. 6.

3) Si hanno inoltre in singole applicazioni una *in integrum restitutio propter dolum, metum, errorem,* per tali circostanze adunque contro le quali il diritto porge aiuto anche in altra maniera.

4) Di natura particolare è la *in integrum restitutio propter*

capitis diminutionem, la quale porge soccorso contro un danno inevitabile pel Diritto, e perciò viene conferita senza *causae cognitio.*

Ait prætor: *qui quaeque posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutaeve esse dicentur, in eos easve, perinde quasi. id factum non sit, judicium dabo.* l. 2 § 1 D. de cap. min. 4. 5.

C. La restituzione deve essere richiesta *intra annum utilem* e secondo il nuovissimo Diritto *intra quadriennium continuum:* per la *restitutio minorum* e *propter absentiam* il tempo decorre solo dal momento in cui cessano la *minor aetas* o la causa dell'impedimento. Il ritorno all'effettivo godimento della posizione anteriore avviene o per la *integrum restitutio* stessa o a causa di essa mediante l'attribuzione fatta dal magistrato del diritto nuovamente esistente (*judicium rescissorium seu restitutorium*).

IV. — La domanda di restituzione si dirige anzitutto contro colui che per l'effetto giuridico da rimuoversi ha acquistato un diritto od è stato liberato da un obbligo, in persona; però moltissime volte si dirige *in rem,* contro colui, a cui quell'effetto giuridico ha, in via mediata, arrecato un vantaggio.

Interdum autem restitutio et in rem minori datur idest adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum; utputa rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria est vel, rescissa alienatione, dato in rem judicio. l. 13. § 1 D. min. 4. 4.

V. IL PROCESSO.

§ 39.

I. — Il processo o disputa del diritto comincia con la *litis contestatio* avvenuta dinanzi al magistrato (*in jure*) — e nella procedura formulare per mezzo del magistrato — che constata la questione e dà norma alla decisione del giudice. Il nome di *litis contestatio* proviene dall'originario costume di invocare i testimoni.

Contestari est cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote. Fest. v. Contestari.

Gli effetti di diritto privato della *litis contestatio* sono di duplice guisa.

A. Quando la domanda dell'attore è divenuta oggetto della disputa giuridica (*res in judicium deducta*), la sua esistenza è resa dipendente dalla decisione del processo cominciato. La pretesa innalzata ad oggetto del processo, esiste solo ancora come oggetto di questo processo, non più come possibile oggetto di un altro: quindi *bis de eadem rem ne sit actio*; l'*actio* come possibilità di chiamare in giudizio un determinato avversario è estinta con una sola chiamata (*consumpta est actio*, consumazione processuale). È una divisione puramente formale quella fra il caso in cui l'esclusione dell' azione rinnovata avviene *ipso jure* e il caso in cui è procurata mediante l'*exceptio rei in judicium deductae*.

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa judicati teneri et hoc (est) quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condennari oportere, post condennationem judicatum facere oportere. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit: aliter atque si imperio continenti judicio egerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat et ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatæ vel in judicium deductæ summoveri. Gai. III. 180-181.

B. Poichè la controversia determinata colla *litis contestatio* forma l'oggetto della sentenza, per la sentenza serve di norma il momento della *litis contestatio* sia riguardo all'esistenza del diritto dell'attore, sia specialmente rispetto alla misura della condanna, che ne deriva, del convenuto.

Perciò:

a) La pretesa stabilita al tempo della *litis contestatio* non si estingue più pel decorso del tempo o per la morte della parte, sicchè da *temporalis* diventa *perpetua*, da non ereditaria ereditaria; invece a poco a poco si attribuì la forza liberatoria, richiesta dall'equità, al soddisfacimento dell'attore durante il processo.

Faciat actori quid officio judicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat: nostri præceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse, cuius generis sit judicium; et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia judicia assolutoria esse. Gai, IV, 114.

b) Se la misura della condanna non è determinata per lo innanzi, essa ascenderà a quanto avrebbe l'attore se fosse stato soddisfatto al tempo della *litis contestatio,* in quanto però il convenuto non debba per ciò soffrire un danno senza una colpa.

..... ut post acceptum judicium id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. Hoc justum esse... Proculo placet, Cassius contra sensit. In prædonis persona Proculus recte existimat, in bonæ fidei possessoribus Cassius. L. 40, pr. D. de her. pet., 5, 3.

II. — Servono di norma alla determinazione in giudizio del rapporto giuridico fatto oggetto del processo, i principii giuridici riguardanti tale rapporto, che son conosciuti dal giudice a motivo dell'ufficio, e i fatti addotti per la sua esistenza, i quali, ogniqualvolta non siano incontestati od incontestabili, possono determinare la decisione soltanto se *provati.* Perciò ciascuna parte deve provare i fatti essenziali per la sua vittoria e quindi anzitutto l'attore deve provare il fatto per cui agisce, diversamente il convenuto vien sempre assolto. Però sono oggetto dell'obbligo di prova soltanto quei fatti mediante i quali il rapporto giuridico asserito perviene ad una manifestazione esteriore, quindi:

1) Soltanto quelli dai quali ha avuto origine, non anche quelli senza i quali non ha potuto proseguire fino al presente,

2) Soltanto gli avvenimenti e circostanze esteriori importanti per l'origine del rapporto giuridico, non direttamente la volontà che in esse si estrinsecava o la coscienza che le accompagnava,

3) Se l'origine di un rapporto giuridico da un fatto a ciò adatto in sè fu impedita dalla coincidenza di altri fatti, non spetta già a chi afferma tale rapporto giuridico di provare l'assenza di quei fatti, ma spetta bensì all'avversario di provare il loro avvenimento.

Se un'affermazione dev'essere provata mercè la prova di fatti tali, che lasciano argomentare la sua giustezza, ma non è sicura

l'argomentazione, vi è in ciò una semplice presunzione *(præsumptio)* che come tale non prova. Tuttavia acquistano certezza giuridica, in forza di principii positivi di diritto, le così dette presunzioni di diritto *(præsumptiones juris)*, poichè spesso, in forza di una disposizione giuridica un fatto vale come provato mercè la prova di un altro fatto. Alle semplici presunzioni giuridiche si suole porre a fronte la presunzione giuridica irrespingibile *(præsumptio juris et de jure)* la quale esclude la prova contraria, sicchè qui il diritto non tanto deduce dall'esistenza di un fatto l'altro fatto, quanto piuttosto fa uguale assolutamente l'un fatto coll'altro nella loro importanza giuridica.

Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. L. 2, D. ht., 22, 3.

Semper necessitas probandi incumbit ei qui agit. L. 21, eod.

Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 23, C. ht., 4, 19.

III. — La decisione finale con forza giuridica porta i seguenti effetti:

A. Sostituisce alla *res in judicium deducta* il rapporto della *res judicata:* come la pretesa elevata ad oggetto del processo esiste solamente come oggetto di tale processo, così il rapporto giuridico deciso in modo giuridicamente efficace, esiste soltanto come giudicato, perciò anzitutto non può formare oggetto di lite: a qualunque tentativo di farne nuovamente oggetto di lite si oppone la *exceptio rei judicatæ*. Questa richiede:

1) *Easdem personas,* cioè si limita al rapporto reciproco delle parti contendenti e dei loro eredi.

2) *Eandem rem,* cioè un rapporto giuridico deciso mediante sentenza. Poichè il sollevare una pretesa mediante azione importa la negazione di qualunque diritto nel convenuto, che tolga via o limiti quella pretesa, col riconoscimento di essa si viene a decidere parimente sull'esistenza di tali diritti. Se è necessario di fare valere nuovamente un diritto riconosciuto mediante sentenza, la *exceptio rei judicatæ* viene distrutta colla *replicatio rei secundum se judicatæ.*

Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam

atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur; parere ergo exceptionem rei judicatæ frequens est. — Cum de hoc, an eadem res est, quæritur, hæc spectanda sunt: personæ, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis: nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, postquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causæ suæ reperisset. Exceptio rei judicatæ nocebit ei, qui in dominium successit eius, qui judicio expertus est. L. 6, 27, 28, D. de excep. r. jud., 44, 2.

B. La sentenza di condanna fonda l'obbligo alla soddisfazione della prestazione imposta, dalla non soddisfazione di essa si fa luogo all'esecuzione; nel caso che ella venga oppugnata, impugnando la validità della sentenza, nasce l'*actio judicati* diretta al doppio.

Quædam actiones si a reo infitientur, duplantur, veluti judicati. Paul. I, 19, § 1.

C. In certi casi il contenuto della sentenza deve osservarsi anche dai terzi in quanto esso *jus facit,* cioè stabilisce il rapporto giuridico deciso, così nei processi sopra lo stato giuridico personale e parzialmente nei giudizi di eredità.

Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, nam res judicata pro veritate accipitur. L. 25, D. de stat. hom., 1, 5.

IV. — Senza *litis contestatio* e sentenza si viene alla decisione sopra la pretesa dell'attore,

1) Col completo effetto di una sentenza con forza giuridica, quando una parte in luogo di domandare la decisione giudiziale, deferisce all'altra il giuramento sull'esistenza del diritto dinanzi al magistrato *(jus jurandum in jure delatum).* Colui cui fu deferito il giuramento ha la scelta di giurare egli stesso in favor suo o di far giurare all'altro il contrario *(jusjurandum referre).* Mediante il giuramento a cui è parificata la remissione del giuramento assunto, la cosa è decisa in favore del giurante, mediante il rifiuto di giurare è decisa in favore dell'altra parte. Sostanzialmente diversa è l'efficacia del *jusjurandum in judicio delatum* il quale non rende superflua la sentenza.

Jurejurando dato vel remisso reus quidem adquirit exceptionem; actor vero, actionem adquirit, in qua hoc solum quæritur, an juraverit dari sibi oportere, vel cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit. L. 9, § 1, D. ht., 12, 2.

2) Senza decidere la cosa con forza giuridica una volta per sempre, danno come la condanna luogo alla conseguenza dell'esecuzione

a) La *confessio in jure* mediante la quale il convenuto riconosce dinanzi al magistrato nell'attore il diritto preteso: *confessus pro judicato habetur*. Dalla *confessio in jure* che risparmia il processo è da distinguersi sostanzialmente la confessione nel corso del processo, che vale solo come mezzo di prova *(confessio in judicio)*.

Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 1, D. ht., 42, 2.

b) Se il convenuto frastorna l'andamento del processo tralasciando di cooperare come deve a tale scopo, si attira addosso — non più però nel diritto nuovissimo — una sollecita esecuzione come *indefensus*.

3) Nè una decisione con forza giuridica, nè un diritto all'esecuzione nasce dalla liberazione estragiudiciale di un rapporto giuridico controverso, operata per transazione *(transactio)* che è una convenzione contenente un reciproco sacrificio, ovvero per una decisione arbitrale, che mediante il *compromissum arbitri* soleva unirsi ad una clausola penale che garantiva la reciproca sottomissione delle parti al suo contenuto.

Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet. Ex compromisso placet exceptionem non nasci sed pœnæ petitionem. L. 1, 2, D. de rec., 4, 8.

VI. L'ESECUZIONE.

§ 40.

I. — Secondo i principii del Diritto antico la esecuzione non è già un costringimento alla prestazione dovuta con forza giuridica, ma una sottoposizione alla signoria del vincitore. Anzitutto le dodici Tavole attribuiscono a colui, che era condannato ad una prestazione in

danaro, un termine di 30 giorni per il pagamento, trascorso il quale il vincitore, mediante la *manus iniectio* dinanzi al pretore e in forza dell'*addictio* di esso, può portarlo come servo del debito nella casa. Durante i 60 giorni susseguenti il debitore doveva essere pubblicamente esposto in tre giorni di mercato consecutivi, e il valore del suo debito esser bandito per porgere occasione al suo riscatto. Trascorso questo ultimo termine egli era abbandonato alla morte o alla vendita come schiavo.

Nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad prætorem in comitium producebantur quantæque pecuniæ judicati essent prædicabantur. Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. Gell. 20. 1.

II. — La *lex Pœtelia* (441 di Roma) abolì il diritto di uccisione e di vendita, poichè doveva abbandonarsi allo avversario non più la persona ma i beni del *damnatus*. Dal servaggio pel debito derivò l'arresto per debiti che secondo la *lex Julia de cessione bonorum* veniva evitato mercè volontario abbandono del patrimonio a scopo di vendita.

Victum eo die... ingens vinculum fidei jussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam læret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniæ creditæ bona creditoris non corpus obnoxium esset. Liv. 8. 28.

III. — L'esecuzione sul patrimonio del condannato era regolata dall'Editto pretorio. Mediante un decreto del pretore l'avversario era autorizzato anzitutto a conservare mediante sequestro il patrimonio del condannato, allo scopo di *custodia (possessio bonorum)* e a venderlo dopo una precedente *bonorum proscriptio* insieme ai concreditori entrati nel frattempo a parte del possesso *(venditio bonorum)*. La vendita si fa per incanto pubblico a colui che assicura ai creditori la soddisfazione relativamente maggiore. Il *bonorum emptor* è un successore universale, sicchè a lui, come alle parti, da lui accollatesi, verso di lui, spettano le azioni fondate nella persona del condannato, peraltro, siccome egli è successore universale secondo il diritto pretorio, non come *directae*, ma come *utiles*. Gai III, 77-81, IV, 34, 35.

IV. — *Extra ordinem* venne, accanto alla esecuzione universale, la sola nota in origine al diritto privato, ad aversi una esecuzione speciale, così:

1) Il pignoramento (*pignoris capio*) cioè il sequestro e la vendita di una singola parte del patrimonio.

2) La restituzione o l'esibizione di determinate cose poteva essere forzata immediatamente mediante l'esercizio del potere magistrale (*manu militari*).

V. — Nel quinto periodo l'esecuzione sul patrimonio è di regola esecuzione speciale. È parimenti lasciato in abbandono il principio della *pecuniaria condemnatio*, che non era anche per l'innanzi senza eccezioni.

Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum dumtaxat omnisque causæ nomine condemnatio fit... Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrata judicis quid restituitur, locum habet. L. 68, D. de R. V. 6. 1 (questo passo di Ulpiano è senza dubbio interpolato).

SEZIONE SECONDA

LA POSIZIONE GIURIDICA PERSONALE

SGUARDO GENERALE

§ 41.

Per la posizione giuridica personale, vale a dire per lo *Status* di un uomo sono decisivi innanzi tutto il modo e il grado della sua partecipazione al consorzio giuridico: dipoi il suo rapporto con altre persone determinate in forza del vincolo famigliare, al che si aggiungono anche le qualità individuali.

A. Riguardo al rapporto col consorzio giuridico,

1) Si contrappone gli aventi diritti (liberi) ai privi di diritti (servi), cioè coloro che partecipano al consorzio giuridico come soggetti di diritti proprii a coloro che ne fan parte soltanto come oggetti di diritti altrui.

2) Si hanno diversità di facoltà giuridiche parte pel contrapposto fra cittadini e non cittadini, parte per suddivisioni della cittadinanza.

B. Come nella relazione col consorzio giuridico accanto alle semplici differenze di diritti si ha il contrapposto fra liberi e servi, così la relazione famigliare non è soltanto la parentela con altri, ma anche la dipendenza da altri, per la quale si forma il contrapposto fra le *personae sui* ed *alieni juris*.

C. Le qualità individuali non influiscono soltanto sulla propria posizione giuridica, ma inoltre dalla incompletezza loro nasce la necessità della cooperazione altrui.

I contrapposti principali nella posizione giuridica sono perciò fra gli aventi e i non aventi diritti, fra i capi e i membri della famiglia, tra coloro che bastano a sè e coloro che no.

Però, poichè la natura individuale è condizione non tanto della qualità di soggetto avente diritti per sè stesso, quanto della possibilità di azioni proprie giuridicamente efficaci, la disamina del suo significato giuridico non appartiene a questa sezione, ma alla precedente (§ 34 I).

Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. Sequitur de jure personarum alia divisio nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri sunt subiectae.

Transeamus nunc ad aliam divisionem, nam ex... personis... quædam vel in tutela vel in curatione sunt, quaedam neutro jure tenentur. Gai. I. 9. 48, 142.

I. IL CONSORZIO GIURIDICO.

A. LIBERI E SERVI.

1. *Posizione Giuridica dei Servi.*

§ 42.

I. — Poichè il consorzio giuridico dipende da una esterna comunanza di vita, esso non è limitato assolutamente ai soli cittadini della singola società, ma si estende però solamente ai membri di comunità alleate che con la propria stanno in relazione pacifica. È escluso da esso non soltanto il membro di una società che si trovi in guerra con Roma, ma anche chi non ha patria, che in genere non appartiene ad alcuna società, e colui colla cui patria Roma non ha alcuna relazione di commercio: chi è estraneo ad una società giuridica, è privo di diritti (*servus*) nel territorio di quella. Questo fondamento della mancanza di diritti era evidentemente noto ai Romani: essi dichiarano espressamente che il contrapposto tra liberi e servi, ossia tra aventi e non aventi diritto apparteneva al *jus gentium,* non al *jus naturale,* cioè che esso aveva radice nella natura del consorzio giuridico positivo non già nella naturale diversità degli uomini.

Si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiæ causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab iis captus servus fit et eorum. L. 5 § 2 D. de capt. 49. 15.

Servitus est constitutio juris gentium, quo quis dominio alieno contra naturam subiicitur. L. 4 § 1 D. de stat. hom. 1. 5.

II. — Chi è incapace di qualunque diritto proprio, è insieme per ciò stesso oggetto possibile di qualunque diritto che in generale possa concepirsi su una cosa. Poichè egli manca di importanza giuridica come soggetto di diritti, la sua esistenza viene ad acquistare importanza giuridica, per ciò che egli diviene oggetto di diritti.

A. Come oggetto di proprietà lo schiavo è abbandonato non più alla volontà di chiunque, ma a quella esclusiva del padrone suo. La sua lesione cagionata dai terzi è quindi non più indifferente in senso giuridico, ma è una lesione del proprietario. Contro i maltrattamenti di quest'ultimo lo schiavo non aveva originariamente alcuna difesa giuridica: lo garentiva contro gli eccessi del padrone soltanto l'interesse del padrone stesso che danneggiava sè stesso recandogli danno. Dipoi però nell'epoca imperiale fu nominatamente proibita l'uccisione dello schiavo senza autorizzazione del magistrato, e da Antonino Pio fu finalmente ordinato che in caso di maltrattamenti eccessivi il padrone dovesse vendere lo schiavo. Per quanto poco sia ammesso così un vero diritto negli schiavi, pur tuttavia la possibilità di una particolare querela degli schiavi separa sostanzialmente tale ordinanza dalle altre proibizioni di abuso del dominio.

Sed hoc tempore neque civibus Romanis, nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servo suos sævire: nam ex costitutione sacratissimi imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit non minus teneri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et major quoque asperitas dominorum per ejusdem principis constitionem coercetur,... et utrumque recte fit: male enim nostro jure uti non debemus. Gai. I, § 53.

B. Benchè lo schiavo sia considerato come cosa, non perciò la sua qualità di uomo gli è negata dal diritto. Lo schiavo è proprietà, non in negazione ma nel pieno riconoscimento ed apprezza-

mento delle facoltà che lo distinguevano come uomo prima dell'altrui dominio. La ragione e la volontà dello schiavo hanno giuridico valore come proprietà del padrone. Quindi:

1) Il dominio sullo schiavo di fronte all'altra proprietà ha il particolare carattere della *potestas*, cioè della signoria sopra una persona capace di atti giuridicamente efficaci e di divenire subietto di diritti.

2) Gli atti dello schiavo

a) Come atti acquisitivi danno luogo nella persona del suo padrone ai medesimi effetti che producono gli atti del padrone stesso.

b) Come atti obbligatorii, lo schiavo non è obbligato giuridicamente per un atto giuridico, perchè egli non può validamente disporre della propria persona, ma bensì per i delitti, sicchè egli per questi può essere tenuto, appena egli pervenendo alla libertà diviene soggetto di diritti.

In potestate itaque sunt servi dominorum. Quæ quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitæ necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquirit. Gai I. § 52.

2. *Acquisto della Libertà.*

§ 43.

I. — Poichè la mancanza di diritti nello schiavo non proviene già dal dominio che sta su lui, ma bensì da tale mancanza deriva la possibilità del dominio su lui, egli non cessa di esser privo di diritti perciò solo che egli sia privo di padrone. La liberazione non è soltanto una semplice cessazione di dominio, ma anche un rendere soggetto di diritti, chi manca di diritti: per tale concessione di libertà fatta dal cittadino, in cui proprietà si trova, il liberato entra egli pure a far parte dei cittadini Romani.

I. — La forma della liberazione (*manumissio*) è la seguente:

A. Nell'antico diritto.

1) Quella della *in jure cessio:* in questo caso del processo per la libertà, *manumissio vindicta*. Un *assertor in libertatem* o *vindex* afferma dinanzi al magistrato la libertà dello schiavo portato sul luogo, in presenza del suo signore, (*vindicat in libertatem*); questi

tralascia di asserire il suo diritto contrario, affermazione che dovrebbe avvenire nel processo effettivo e quindi il magistrato dichiara libero lo schiavo. Essendo col tempo andato in disuso la forma determinata dell'affermazione di un diritto in *jure*, e la necessità della persona dell'*assertor* rappresentata per lo più da un littore, rimase solamente la competenza del pretore e il pronunziamento che questi faceva della libertà dello schiavo condottogli innanzi.

Vindicta manumittuntur apud magistratum populi Romani velut consulem prætoremve vel proconsulem. Ulp. I. 7.

Ego cum in villa cum prætore fuissem, passus sum apud eum manumitti etsi lictoris præsentia non esset. l. 8. D. de manum, vind. 40, 2.

2) Come la *manumissio vindicta*, era formalmente non concessione ma riconoscimento da parte del magistrato della libertà e del diritto di cittadinanza la *manumissio censu*, cioè l'iscrizione nei ruoli censuarii dello schiavo, riferentesi all' ordine del padrone. Questa ricognizione del diritto di cittadinanza acquistava forza giuridica per mezzo del censore col *lustrum conditum* ossia coi solenni sacrifizii propiziatorii che chiudevano il *census*. L'ultimo *lustrum* fu sotto Vespasiano (74 dopo Cr.) e con esso finì la *manumissio censu*.

Censu manumittebantur olim qui lustrali censu Romæ jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. Ulp. I. 8.

3) Il solo atto privato, che senza la cooperazione del magistrato concedeva la libertà era la *manumissio testamento*, la cui validità dipendeva dai presupposti generali della disposizione testamentaria sulla proprietà. Deve distinguersi dalla liberazione per mezzo del testatore, il mandato testamentario all'erede di eseguirla.

Libertas et directo potest dari hoc modo: liber esto, liber sit, liberum esse jubeo, et per fidei commissum ut puta: rogo, fidei committo heredis mei, ut Stichum servum manumittat. Is qui directo liber esse jussus est, testatoris vel orcinus fit libertus; is autem, cui per fidei commissum data est libertas, non testatoris sed manumissoris fit libertus. Ulp. II, 7, 8.

B. Molte volte gli schiavi erano posti in possesso della libertà senza una liberazione giuridica formale, talvolta mediante una dichiarazione scritta o fatta dinanzi a testimonii (*per epistolam inter*

amicos), tal'altra mediante l'effettivo trattamento di uno schiavo come se fosse un libero (per es. *per mensam*). Questa semplice concessione del possesso della libertà (§ 44 II. 2.) fu nell'epoca imperiale mediante la *lex Junia Norbana* (vedi sotto II C.) fornita di efficacia giuridica, sebbene minore.

C. Una nuova forma giuridica di liberazione nacque nella Roma cristiana: Costantino introdusse la forma della dichiarazione nella Chiesa dinanzi ai sacerdoti e alla comunità riunita.

Qui religiosa mente in ecclesiæ gremio servulis suis meritam concesserint libertatem, eandem eodem jure donasse videantur, quo civitas Romana solemnitatibus decursis dari consuevit. Sed hoc dumtaxat eis, qui sub adspectu antistitum dederint, placuit relaxari. L. un. pr. C. Th. de manum. in eccl. 4, 7.

D. Secondo il Diritto Giustinianeo è sufficiente qualunque dichiarazione verbale o scritta colla cooperazione di cinque testimonii che la confermino e la sottoscrivano, come anche inoltre una certa azione concludente e non vi son più differenze di efficacia.

Sancimus si quis per epistulam servum suum in libertatem perducere maluerit, licere ei hoc facere quinque testibus adhibitis, qui...suas litteras supponentes fidem perpetuam possint chartulæ præbere. — Sed et si quis inter amicos libertatem dare servo suo maluerit, licebit ei, quinque similiter testibus adhibitis, suam explanare voluntatem. — Sed et qui domini funus pileati antecedunt, si hoc ex voluntate fiat testatoris vel heredis, fiant ilico cives Romani. L. un. § 1, 2, 5 C. de Lat. lib. toll. 7, 6.

II. — La liberazione avviene in forza del diritto di proprietà. La particolare natura della proprietà di uno schiavo, ente fornito di ragione e di volontà, si manifesta nel modo più spiccato nella facoltà in essa contenuta di elevare il suo obietto a soggetto di un diritto proprio. Nel caso di comproprietà il condomino può essere forzato a cedere dietro compenso la sua parte a scopo della liberazione. — Leggi speciali sopra i requisiti e gli effetti della liberazione sono:

A. La *lex Aelia Sentia* (4 d. Cr.); essa stabilisce:

1) Per escludere dalla cittadinanza elementi impuri; che gli schiavi delinquenti dovessero per la manomissione acquistare soltanto la *libertas dediticia:* era loro proibito di fissare il domicilio in Roma e l'acquisto dei diritti civili.

Lege Aelia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis pœnæ nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sunt, deve quibus ob noxam quæstio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quive ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve conjecti fuerint et postea..... manumissi, ejusdem condicionis liberi fiant cuius condicionis sunt peregrini dediticii. Gai. I, 13.

2) Quando si giudicasse pericolosa l'esistenza indipendente del manomesso o la libera facoltà di disposizione del manomittente a causa dell'età giovanile, cioè quando lo schiavo non aveva ancora 30 anni o il padrone non peranco 20, l'acquisto della cittadinanza aveva per condizione la approvazione *(causae probatio)* di una commissione a ciò delegata.

Eadem lege cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis Romanus non fiat nisi apud consilium causa probata fuerit... Eadem lex eum dominum, qui minor viginti annorum est, prohibet servum manumittere, præterquam si causam apud consilium probaverit. Ulp. I. 12, 13.

3) I diritti dei terzi sul patrimonio del padrone, diminuito per conseguenza della manomissione, sono tutelati mercè la proibizione delle manomissioni in danno dei suoi creditori e del suo patrono (che aveva diritto di succedere al liberto).

4) L'interesse particolare del padrone era garantito contro una grave ingratitudine del manomesso con la concessione di un azione penale, (alla quale venne di poi aggiunta la *revocatio in servitutem*); mentre d'altra parte,

5) Il padrone perdeva il suo diritto di patronato quando, contrariamente al pubblico interesse circa al matrimonio, avesse richiesto dal liberto il giuramento di non maritarsi.

B. La misura delle manomissioni testamentarie era limitata dalla *lex Fufia Caninia* (8 d. Cr.), poichè essa proibiva di manomettere più di una parte determinata dagli schiavi relitti, ed in niun caso più di 100 schiavi, e dichiarava nulle le manumissioni che eccedevano la misura concessa. Gai, I, § 42, sgg.

Lex Fufia Caninia jubet testamento ex tribus servis non plures quam duos manumitti: et usque ad X dimidiam partem manumittere concedit: a

X usque ad XXX tertiam partem, ut tamen adhuc V manumittere liceat, æque ut ex priori numero; a XXX usque ad C quartum partem, æque ut X ex superiori numero liberari possint; a C usque ad D partem quintam, similiter ut ex antecedenti numero XXV possint fieri liberi; et denique præcipit, ne plures omnino quam C ex cuiusquam testamento liberi fiant. Ulp. I. 24.

C. La *lex Junia Norbana,* dell'anno 19 dopo Cristo, rese liberi ma non cittadini sibbene nella particolare condizione di latini *juniani* (§ 45, II. IV.) coloro, che erano manomessi con la omissione di forme di manomissione, in forza di dominio incompleto o innanzi di aver raggiunto l'età prescritta dalla *lex Aelia Sentia.*

Admonendi sumus... eos, qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio prætoris in libertatis forma servari solitos... postea vero per legem Juniam eos omnes quos prætor in libertate tuebatur, liberos esse cœpisse et appellatos esse Latinos Junianos. Gai. III, 56.

III. — Senza la volontà del proprietario si acquistava la libertà.

1) In ricompensa della scoperta di certi delitti; così sotto Augusto per il senato consulto Silaniano quando lo schiavo ha scoperto l'assassino del suo padrone.

Qui ob necem detectam domini præmium libertatis consequitur, fit orcinus libertus. l. 5. D. qui s. manum. 40. 8.

2) In certi determinati casi di cattivo trattamento; così secondo l'editto di Claudio, allorchè il padrone ha abbandonato lo schiavo malato.

Servo, quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex Edicto D. Claudii competit libertas. L. 2, eod.

3) Dopo Traiano in una serie di casi, nei quali il proprietario è obbligato alla manomissione, la sua azione può essere sostituita da quella del magistrato.

Si servus venditus est, ut intra certum tempus manumitteretur; etiamsì sine herede decessissent et venditor et emptor, servo libertas competit: et hoc D. Marcus rescripsit. l. 1 eod.

4) Dopo Leone la chiamata a certi servizii di Corte, e dopo Giustiniano il ricevimento nel clero conferiscono la libertà.

3. *Il Semilibero e il libero.*

§ 44.

I. — Il Diritto Romano conosce in diversi modi uno stato di mezzo fra la posizione di chi è pienamente libero e quella di chi è affatto privo di diritti. — Tali stati intermedii si hanno per il non libero talora a causa della libertà a lui concessa per un'epoca futura, talora per il possesso di fatto della libertà: per il libero talora a causa della anteriore schiavitù, talora perchè egli difatto si trovi nello stato di servo. Inoltre ci si presenta nell'antico Diritto la *clientela*, come uno stato di relativa privazione dei diritti e nel Diritto nuovissimo il *colonato* come uno stato di libertà ristretta.

II. — Il contrasto tra lo stato di fatto e la qualità giuridica di un libero o non libero ha importanza giuridica, se quello stato di fatto non esiste in forza di un'ingiustizia subiettiva, così:

1) Quando la servitù di fatto di un libero deriva dall'erronea credenza della sua non libertà giuridica; egli acquista non per sè, ma pel suo supposto padrone, ciò che egli acquista dal patrimonio di esso o dal proprio lavoro.

L. 23 de adq. rer. dom. 41, 1.

2) Non solo il possesso di fatto della libertà attribuisce allo schiavo, che *sine dolo malo in libertate est*, il vantaggio, unito a qualunque possesso, della liberazione dall'onere della prova in processo, come pure dopo la fine del terzo periodo la possibilità di conseguire la libertà giuridica mediante una determinata durata della libertà di fatto, ma inoltre il pretore accordava a colui che era posto in possesso della libertà per volontà propria del suo signore, ad onta della sua servitù quanto al resto, difesa contro le pretese di servigii da schiavo.

III. — Ad onta che la servitù perduri presentemente è importante il riguardo al futuro conseguimento della libertà per lo *statu liber* ossia per colui,

qui statutam et destinatam in tempus vel condicionem libertatem habet (L. 1 pr. D. h. t. 40. 7).

Alle conseguenze giuridiche della sua servitù si fanno allora eccezioni per assicurargli il futuro conseguimento della libertà per quel tempo e per quella eventualità, per cui essa gli è destinata. Ulp. II. 1-6.

Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo pæne differunt; et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractuve pertinet, ejusdem condicionis sunt statuliberi, cujus ceteri. Et ideo in publicis quoque judiciis easdem pœnas patiuntur quas ceteri servi.

Statu liberorum jura per heredem fieri non possunt duriora. L. 29, pr. 33, D. L. ht. 40, 7.

IV. — Per colui che dall'originaria servitù è stato innalzato a libertà, quella ha ancora importanza giuridica in un doppio riguardo.

A. In contrapposto ai nati liberi o *ingenui* egli appartiene alla classe più bassa dei *libertini*, privi in special modo della pienezza dei diritti politici; il suo difetto di nascita ha importanza, quanto al diritto privato, solamente in determinati rapporti singoli.

B. Il manomesso di fronte al suo antico signore ed attuale *patronus* sta come suo *libertus* in un rapporto di rispetto, analogo a quello dei *liberi* di fronte al loro *parens*. Come il figlio è tenuto di fronte al padre a certi doveri di pietà, anche quando non si trova più in sua potestà, così il *libertus* deve al *patronus*, da cui riconosce la sua libertà, onoranza e, in caso di povertà od in speciali occasioni, soccorso. Però al contrario del padre che emancipa suo figlio, il *manumissor* di uno schiavo lo può inoltre obbligare, mercè un giuramento ricevuto al tempo della manomissione (*jurata operarum promissio*), a certi servigii proporzionati alla sua posizione e capacità (*operae officiales*). Ma questo mezzo non può venire usato per conservare il liberto in una dipendenza che contrasti colla sua liberta; contro chi invoca una promessa carpita per tale scopo al manomesso, il pretore accorda a quest'ultimo la *exceptio onerandae libertatis causa factorum*.

Liberto et figlio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet. L. 9 D. de obs. 37, 15.

Ut jurisjurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui juret, et libertatis causa jurare. — Jurare autem debet, operas donum munus se præstiturum, operas qualescumque, quæ modo probe jure licito imponuntur. L. 7, pr. § 3 de op. lib. 38, 1.

Quæ onerandæ libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum; onerandæ autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quæ ita imponuntur, ut si patronum libertus offenderit petantur ab eo semperque sit metu exactionis ei subiectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono præcipiente. L. 1 § 5 D. quar. rer. act. 44. 5.

C. Il liberto può ad onta della sua dipendenza dal patrono esser innalzato alla condizione dei nati liberi; può serbando la sua condizione esser sottratto alla dipendenza del patrono e può conseguire la parificazione completa coi nati liberi.

1) Un semplice innalzamento di condizione che non tocca i diritti del patrono è la concessione dell'*jus anuli aurei*, che nell'epoca imperiale da un privilegio dell'ordine equestre era divenuto bene comune dei nati liberi.

Libertinus, si jus anulorum impetraverit, quamvis jura ingenuitatis, salvo jure patroni nactus sit, tamen ingenuus intelligitur; et hoc divus Hadrianus rescripsit. L. 6 de jur. aur. ann. 40, 10.

2) Produce la semplice perdita del diritto di patronato il suo abuso da parte del patrono che pretende dal liberto cose sconvenienti, o gli muove accusa di un delitto capitale, o non lo soccorre nella necessità. Invece il patronato non cessa con la morte del patrono, poichè anzi passa ai suoi figli od a quello tra loro cui egli l'attribuì con l'*assignatio liberti;* i figli del *libertus* sono *ingenui.*

Imperatoris nostri rescripto cavetur, ut si patronus libertum suum non aluerit, jus patroni perdat. L. 5 § 1, D. de jur. patr. 37, 14.

3) Qualunque effetto dell'anteriore schiavitù è distrutto dalla *natalium restitutio*, mercè la quale il liberto vien considerato come se fosse nato libero.

Interdum et servi nati ex postfacto juris interventu ingenui fiunt ut ecce si libertinus a principe natalibus suis restitutus fuerit. Illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset: hic enim, quantum ad totum jus pertinet, perinde habetur, atque si ingenuus natus esset; nec patronus ejus potest ad successionem venire. Ideoque imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono. L. 2, D. de nat. rest. 40, 11.

V. (1) La mancanza di diritto di quello straniero che non apparteneva ad un paese alleato di Roma, poteva esser mitigata dal fatto che egli si ponesse come *cliens* sotto la tutela di un Romano, come suo *patronus*. La sua mancanza di difesa allora diveniva, da assoluta, relativa, poichè ormai spettava al patrono ed era suo dovere di punire come offesa alla propria persona l'offesa recata da terzi al cliente. Di fronte al patrono stesso il cliente era privo di difesa; però il tradimento del patrono verso il cliente era un grave misfatto che traeva seco l'esecrazione. Dion. I. 10.

Conveniebat autem facile constabatque, ex moribus populi Romani primum juxta parentes locum tenere pupillos debere fidei tutelaeque nostræ creditos, secundum eos proximum locum clientes habere, qui se se itidem in fidem patrociniumque nostrum dediderunt. Gell. N. A. 5, 13.

Ex lege duodecim tabularum venit, in quibus scriptum est: patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto. Serv. ad Aen. VI. 608.

VI. — (2) In contrapposto al rapporto di difesa e di fedeltà dei clienti santificati della religione, il *colonato* dell'ultimo periodo è sorto dalla pressione della necessità che nell'epoca imperiale ridusse la condizione dei contadini liberi, in quanto non gli aveva scacciati la coltivazione del terreno mediante schiavi, ad una condizione di affittavoli ereditarii semiliberi. Dopo Diocleziano questo stato fu regolato per legge, come pure si ebbe cura della sua conservazione e aumento con regole amministrative, poichè nelle provincie del confine settentrionale, nell'interesse dell'agricoltura e segnatamente della difesa del paese i barbari furono stabiliti come *coloni*.

Il *colonus* è:

1) Libero, ma *glebæ adscriptus;* legato al fondo, egli per regola non deve nemmeno esserne separato.

Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sunt, existimentur. L. 1 C. col. Thrac. 11. 51.

2) Al padrone del fondo egli deve pagare un annuo tributo, che quegli non può aumentare.

---

(1) Mommsen. *Indagini romane* (Römischen Forschungen) I. p. 355 seg.
(2) Heisterbergk *L'origine del Colonato* (Die Enstehung des Colonats) 1876.

3) *Colonus* diviene oltre al nato da coloni (*originarius*) lo schiavo colla manomissione come colono, il libero per contratto confermato dal magistrato, come anche per prescrizione, se egli si è per trenta anni trovato di fatto nella condizione di un colono.

B. STRANIERI E CITTADINI.

1. *Stranieri.*

§ 45.

I. — Da principio in Roma la partecipazione alla comunanza del diritto privato non era limitata ai soli membri della cittadinanza aventi i diritti politici; in especial modo in forza dell'*aequum foedus*, concluso tra Roma e la lega Latina, v'era tra i cittadini di Roma e le comunità appartenenti alla lega la piena comunione del commercio patrimoniale e famigliare (*commercium* e *conubium*). Dopo lo scioglimento della lega latina (383 di Roma), la misura della comunanza di diritti tra i Romani ed i cittadini di altre comunità dipendeva invece da regolamento particolare del rapporto esistente tra i Romani e le singole comunità. Questo rapporto è: o quello dell'*incorporamento* nella cittadinanza romana, o un semplice rapporto *contrattuale*.

A. Comunità di cittadini romani sono:

1) I *municipia* ovvero quelle comunità prima indipendenti, che veramente proseguivano a formare una società propria, ma i cittadini delle quali riguardo al diritto privato valevano come cittadini romani e a poco a poco acquistarono il pieno diritto di cittadinanza. Queste comunità furono di regola rette da collegii che esse stesse sceglievano, ma in parte furono pure come *præfecturæ* rette da un *præfectus jure dicundo* nominato da Roma.

2) Le *coloniæ civium Romanorum*, che furono fondate da Roma mercè lo stabilimento di romani in un territorio conquistato, formavano una speciale comunità analoga nella sua organizzazione a quella romana imitata, ma insieme conservavano il pieno dritto di cittadinanza romana, mentre esso apparteneva con esclusione dei diritti politici agli abitatori assoggettati, finchè essi non si confusero con quelli.

B. *Civitates fœderatæ*, che stavano con Roma in un determi-

nato rapporto di *obbligo* regolato contrattualmente, furono a poco a poco tutte le comunità italiche che non erano state incorporate alla cittadinanza romana od annientate. Tra esse v'erano specialmente quelle città latine, con le quali, dopo lo scioglimento della lega latina, era stato concluso un particolare patto d'alleanza, come anche le *coloniæ latinæ,* cioè le colonie fondate da Roma fuori del Lazio con la costruzione di città latine alleate ed occupate da alleati, nelle quali coll'abbandono del diritto di cittadinanza potevano entrare anche Romani. Come le altre comunità che avevano il *nomen Latinum* esse stavano originariamente con Roma nella comunanza del *commercium* e *conubium,* però l'ultimo non fu più concesso alle colonie latine fondate dopo l'anno 486 della città, e così pure l'acquisto del diritto di cittadinanza Romana, che in origine era stato aperto ad ogni latino che risiedesse in Roma contro il rilascio di un figlio in patria, fu riservato nelle città del *minus Latium* esclusivamente ai magistrati e nelle città del *majus Latium* ai membri del senato cittadino.

Aut majus est Latium aut minus: majus est Latium, cum et hi qui decuriones leguntur, et ei, qui honorem aliquem aut magistratum gerunt, civitatem Romanam consequuntur; minus Latium est, cum hi tantum qui vel magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem Romanam perveniunt. Gai. I. § 96.

II. — Dopo la guerra degli alleati ottennero il diritto di cittadinanza mediante una *lex Julia* i rimasti fedeli, in specie le città latine, e immediatamente dopo per una *lex Plautia Papiria* tutti i *cives* ed *incolae* delle comunità italiche, sicchè queste vennero ad aver la cittadinanza romana. Invece si usò di concedere i diritti delle colonie latine alle comunità fuori d'Italia, senza effettivo stabilimento di coloni, e questo nuovo *jus Latii* fu talora esteso a intere provincie, così da Vespasiano alla Spagna, e talora mediante la *lex Junia Norbana* con speciali limitazioni a una certa classe di libertà.

Admonendi sumus..... eos, qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, postea vero per legem Juniam... liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Junianos; Latinos ideo quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui, qui, ex urbe Roma in Latinas colonias deducti. Latini coloniarii esse coeperunt; Junianos ideo, quia per legem Junianam liberi facti sunt, etiamsi non essent cives Romani. Gai. III, 56.

III. — Dopo Cesare avvenne molte volte la concessione della cittadinanza Romana a comunità estraitaliche e ad intere popolazioni, mentre insieme sorgevano in tutte le provincie numerose colonie di cittadini allo scopo di provvedere ai soldati che avevano finito il loro tempo: a ciò si aggiunse la misurata concessione della cittadinanza a singole persone e lo stabilimento di cittadini romani nelle provincie. La popolazione delle provincie divenne quindi una mescolanza di cittadini e non cittadini. In pari tempo si cancellarono sempre più le differenze giuridiche delle due categorie dopo che la dominazione del *princeps* ebbe rimossi i più importanti privilegii politici dei cittadini. La parificazione dei cittadini e dei popoli soggetti fu giuridicamente compiuta da Caracalla, che estese il diritto di cittadinanza a tutto l'impero.

In orbe Romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. L. 17 D. de statu hominum. 1, 5.

Ad onta di ciò si incontra fino a Giustiniano la distinzione dei *cives, Latini* e *peregrini*. La generale concessione di cittadinanza dee quindi concepirsi come estensione della cittadinanza romana a tutte le comunità dell'impero, laonde ne rimanevano esclusi quei manomessi, che per la loro manomissione non acquistavano alcun diritto di patria. Adunque il contrapposto tra cittadini e non cittadini, in quanto sussiste ancora tra i sudditi dell'impero, ha radice in quello di liberi e servi: nel diritto giustinianeo esso è affatto abolito come quello del *jus civile* e del *jus gentium*.

IV. — Dalla partecipazione al *jus civile* romano è escluso il *peregrinus*, vivendo egli parte secondo il *jus gentium*, parte secondo il *jus civile* della patria sua: da ogni *jus civile* e quindi da ogni rapporto giuridico non appartenente al *jus gentium* sono esclusi il peregrino divenuto senza patria per la distruzione della comunità cui apparteneva, il *peregrinus dediticius* e lo schiavo delinquente che veniva in quella condizione mediante la manomissione, secondo la *lex Aelia Sentia*.

Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, et deinde victi se dediderunt. Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt. Gai. I, 14, 26.

Invece non partecipa al diritto di famiglia (*conubium*), ma bensì al diritto patrimoniale (*commercium*) del *jus civile* il *Latinus*, che esso pure o come *latinus coloniarius* è membro di una comunità latina o come *Latinus Junianus* è privo di patria. Il *Latinus Junianus* partecipa al diritto patrimoniale, ma non al diritto di eredità; la sua successione si devolve al suo antico padrone, come se non avesse cessato di essere suo schiavo.

Non tamen illis permittit lex Junia vel ipsis testamentum facere vel ex testamento alieno capere vel tutores testamento dari. GAI. I. § 25.

Legis Juniæ lator... necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur, cavere, ut bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex tota non esset: itaque jure quodammodo peculi bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent. GAI. III. § 56.

V. — L'ammissione di un non cittadino nella cittadinanza seguiva di regola mediante *lex:* il diritto di cittadinanza vien accordato o dalla comunità o in forza di una speciale autorizzazione di esso nel modo della *lex data*, da un magistrato, nell'epoca imperiale dal *princeps*. Però secondo una costituzione di Trajano la concessione del diritto di cittadinanza a un *Latinus Junianus* avviene senza pregiudizio dei diritti del suo patrono. Inoltre eleva il *Latinus* a cittadino, oltre il rivestire una carica pubblica,

1) Secondo la *lex Aelia Sentia* la *causæ probatio anniculi causa*. Il manomesso che per la mancanza di età non è divenuto cittadino e dopo Vespasiano anche chi per altre cause è divenuto *Latinus Junianus*, e che dalla sua moglie, appartenente alla cittadinanza romana, a una comunità latina, o al suo stesso stato, ha un figlio di un anno almeno, acquista colla moglie e col figlio il diritto di cittadino con la constatazione di questo fatto effettuata dal magistrato (*causæ probatio*).

2) Se un *Latinus* per errore sposa una *peregrina*, l'*anniculus* nel caso che l'errore sia provato (*causæ probatio erroris causa*) lo conduce ciò non ostante all'acquisto della cittadinanza. Quanto al conjuge di un cittadino o di una cittadina la nascita di un figlio lo conduce già alla cittadinanza nel caso di un errore su di esso.

3) Il manomesso in un modo incompleto può esser elevato a cittadino mediante la ripetizione della manomissione (*iteratio*).

4) La Latina diventa cittadina se partorisce tre figli.

5) Finalmente procurano il diritto di cittadinanza certe benemerenze di fronte alla città di Roma, p. es. l'edificare una casa in Roma.

Ulp. III. Gai. I, 20, sqq. 65, sqq.

2. *Cittadini.*

§. 46.

I. — Diversità della posizione giuridica tra i cittadini, di importanza secondaria del resto pel diritto privato, nascevano in principio dalla differenza tra patrizii e plebei, che perdè la sua importanza essenziale col cessare della guerra delle condizioni, ma conservò fino all'epoca imperiale singoli effetti. Inoltre produceva diversità nello stato giuridico:

1) Nella repubblica la diminuzione dell'onore cittadino.

2) Sotto l'impero la distinzione delle condizioni.

3) Nell'epoca cristiana la differenza di religione.

II. — L'onore civile è la dignità che si accorda al singolo col riconoscere la sua partecipazione alla società cittadina. Perciò l'onore civile è inseparabile dal diritto civile; la sua distruzione è impossibile senza perdita del diritto di cittadinanza. Però se anche la partecipazione alla cittadinanza fonda un certo onore, l'ammissibilità a cariche pubbliche esige un onore immacolato. Quali azioni macchino l'onore è essenzialmente cosa del personale giudizio di quel magistrato a cui nella sfera delle attribuzioni sue spetta l'esame dei convenuti, così del censore relativamente al posto nel senato e al diritto di voto nella comunità, dei preposti alle elezioni riguardo all'eliggibilità, del pretore relativamente al presentarsi in tribunale. Poichè il pretore nel suo editto esponeva il principio, col quale egli pensava di giudicare, il concetto dell'*infamia* ammesso dal pretore fu a poco a poco fissato giuridicamente e nell'epoca imperiale la sfera della sua applicazione fu estesa in ciò che le cause dell'infamia pretoria furono pure decisive per l'esclusione dalle cariche. Un effetto di diritto privato fu unito all'infamia dalla legislazione matrimoniale Augustina, mediante la quale essa divenne per la prima volta importante anche per le persone di sesso femminile.

Cause dell'infamia sono:

A. Congedo ignominioso (*missio ignominiosa*) di un soldato.

B. Certe lesioni del diritto. Tali sono:

1) Condanna criminale da principio solo per certi crimini, poi per tutti i delitti punibili per legge popolare (cioè non per solo decreto imperiale) (*judicia publica*).

2) Condanna per furto o rapina, dolo od ingiuria; simile alla condanna è la soddisfazione dell'offeso contenente una confessione del fallo.

3) Condanna per causa di violazione di obblighi assunti, che dimostrino essenzialmente mancanza di fede o abuso di fiducia, così degli obblighi derivanti da una tutela assunta o da altra gestione di negozii, da relazioni di società e dall'accettazione di un deposito.

4) Violazione di un accordo giurato.

5) Adulterio o convenzione di matrimonio o di sponsali da parte di un maritato o fidanzato: finalmente seconde nozze durante l'anno del lutto.

C. Esposizione alla vendita di un patrimonio sequestrato dai creditori; la volontaria cessione del patrimonio ai creditori allontana l'infamia.

D. Esercizio di una professione non onorifica come lenone, bestiario, commediante, come calunniatore in caso di accuse non provate e per diritto giustinianeo come usuraio.

Nel diritto nuovissimo la limitazione degli infami è sparita relativamente al matrimonio, la loro esclusione dalle cariche è senza importanza di fronte all'onnipotenza degli imperatori, e la limitazione del loro presentarsi in tribunale è rilasciata all'arbitrio del giudice. Circa all'importanza dell'ammonizione nel diritto privato, la decide non il concetto giuridico dell'infamia ma la sconvenienza di fatto (*turpitudo*) e la vergogna che ne deriva (*ignominia*), che certo nell'*infamis* è una necessità giuridica lo ammettere, mentre negli altri sta al libero arbitrio del giudice.

Existimatio est dignitatis inlæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. Minuitur existimatio, quotiens manente libertate circa statum dignitatis pœna plectimur: sicuti cum relegatur quis vel cum ordine movetur vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebeius fustibus cæditur, vel in

opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quæ edicto perpetuo infamiæ causa enumeratur. Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit. L. 5 § 2, D. de extr. cogn. 50, 13.

Prætoris verba dicunt: *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiæ causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicræ pronuntiandive causa in scœnam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in judicio publico calumniæ prævaricationisve causa quid fecisse judicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi suo nomine non contrario judicio damnatus erit; qui eam, quæ in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit non jussu eius, in cuius potestate est, et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine non jussu ejus, in cuius potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.* L. 7, D. de his q. not. inf. 3, 2.

III. — Nell'epoca imperiale comincia a sparire coll'importanza della cittadinanza anche quella dell'onore civile, e viene in vigore la diversità delle condizioni (*ordines*). Importante per diritto privato è però solo lo stato militare. Questo, come organismo speciale servente solo alle opere guerresche, sta fuori della vita civile, e, come base e sostegno del potere imperiale, sui cittadini. Il soldato era più libero circa al disporre sull'eredità, del che diede il primo esempio Cesare; e dopo Augusto anche come *filiusfamilias* di fronte al *paterfamilias*.

Militibus liberam testamenti factionem primus quidem Divus Julius Cæsar concessit, sed ea concessio temporalis erat; postea vera primus Divus Titus dedit; post hoc Domitianus; postea Divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque et Traianus secutus est, et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: *Cum in notitiam meam prolatum sit, subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quæ possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam, secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad*

bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris. L. 1, D. de test. mil. 29, 2.

II. — Elevato il cristianesimo a religione dominante anche la diversità di religione acquistò influenza sulla posizione giuridica. Il pieno godimento dei diritti civili spetta ormai ai soli Cristiani ben credenti. Tra gli *hæretici* fu tolto addirittura ogni diritto ed onore civile ai Manichei; agli apostati fu negata la capacità di ereditare e di far testimonianza, ai giudei l'ammissione a cariche pubbliche e il matrimonio con cristiani. Sono posti indietro anche gli idolatri, *pagani,* così chiamati in contrapposto ai cultori della religione dominante come prima i cittadini di fronte ai soldati.

II LA RELAZIONE DI FAMIGLIA.

I. LA SUDDITANZA DOMESTICA.

§. 47.

I. — *Alieni juris* è chi è oggetto dell'altrui diritto privato in modo che egli manca di diritto proprio di fronte al soggetto di tal diritto che lo domina. Il concetto di *persona sui juris* è identico a quello di *pater familias. Pater familias* o *princeps familiæ* è chiunque è signore di sè stesso: *familia* è la sfera della sua signoria che insieme alla persona sua comprende le cose e le persone soggette al suo potere. Cessando colla morte del *pater familias* il suo potere sulle persone appartenenti alla sua *familia,* mentre la sua signoria reale o il suo patrimonio gli può sopravvivere, *familia* di un defunto è specialmente il *patrimonio* lasciato da lui.

Sui juris sunt familiarum suarum principes. Ulp. II. 1.

Familiæ appellatio... et in res et in personas deducitur, in res utputa in lege duodecim tabularum his verbis: adgnatus proximus familiam habeto. L. 195 § 1, D. de V. S. 50, 16.

II. — L'uomo è parte integrale di una famiglia altrui,

1) O come schiavo, perchè la sua mancanza di diritto lo abbandona all'appropriazione altrui.

2) O come libero, per discendenza.

Mentre lo schiavo per la sua mancanza di diritti non è in generale capace di esser subietto di una famiglia propria, il *filius familias* appartiene alla famiglia del padre perchè esiste mercè di questo come autore dell'esser suo; esistendo egli come soggetto di diritti *per mezzo* del padre, non è soggetto di diritto proprio *di fronte* al padre. Vi sono quindi due opposte classi di *personae alieni juris*, cioè i *servi* e i *liberi*, gli oggetti della *potestas dominica* e quelli della *potestas patria*. Veramente anche questi non sono soggetti di signoria propria; tali però divengono per la scomparsa del loro signore non solo, ma anche adesso son già soggetti possibili sia di rapporti di diritto famigliare come di obbligazioni, e nel diritto pubblico sono uguali alle persone *sui juris*.

Quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subiectæ sunt; rursum earum, quæ alieno juri subiectæ sunt, aliæ in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum sunt. pr. J. de his qui sui 1, 8.

Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur. L. 9 D. de his qui sui. 1, 6.

III. — Analoga alla patria potestà è la *manus*; la donna *in manu* del marito è *filiae loco*, cioè è soggetta al marito come se gli dovesse l'esistenza. È invece analoga alla *dominica potestas* la *mancipii causa*, di cui rende capaci la potestà patria: il libero che si trova in essa non è veramente *mancipium* o *servus*, ma *in mancipio* o *servi loco;* egli è in una soggezione simile a quella dello schiavo, che non gli toglie la sua libertà, ma gli impedisce temporaneamente di esercitarla.

Earum personarum, quæ alieno juri subiectæ sunt, aliae in potestate aliæ in manu aliæ in mancipio sunt. Gai I, 49.

IV. — Poichè gli oggetti della *patria potestas* della *manus* e della *mancipii causa* non sono *sui juris* solo perchè stanno in quel rapporto di sudditanza, la loro posizione, il suo nascere e l'estinzione sua spettano al diritto di famiglia, nel quale ha base pure la *mancipii causa* perchè di essa rende capaci la potestà familiare. Poichè il concetto della famiglia indica altresì un'unione di persone libere esso è identico al concetto di famiglia nel senso del complesso di persone vincolate dal potere dello stesso *pater familias*.

Familiæ appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum aut communi universæ cognationis continetur, jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectæ, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps; pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam ejus, sed et jus, demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus, et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt, idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui juris effectus propriam familiam habet. L. 195 § 2 D. de V. S. 50, 16.

II. LA PARENTELA.

§. 48.

I. — La parentela (*cognatio*) è l'unione di più persone per l'unità dell'origine, cioè per la discendenza di una dall'altra o di ambedue da una terza persona. Si distingue quindi la parentela in linea diretta (ascendentale e discendentale) e collaterale. Una parentela molteplice sorge quando:

1) Una persona deriva da altre in più modi, per l'interposizione di varie terze persone o;

2) Più insieme derivano da varie terze persone. La parentela collaterale germana in confronto alla unilaterale è la derivazione delle stesse persone. I Romani chiamano *consanguinei* in contrapposto agli *uterini* tutti i fratelli discendenti da uno stesso padre. La vicinanza o grado della parentela si misura dal numero delle generazioni da cui essa è prodotta.

Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes; inferioris liberi; ex transverso sive a latere fratres et sorores liberique eorum. Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit; ex transverso sive a latere nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo.

Quoties quæritur, quanto gradu quæque persona sit, ab eo incipiendum est, cujus de cognitione quærimus. Et si ex inferioribus aut superioribus

gradibus est, recta linea susum versum vel deorsum tendentium facile inveniemus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus; nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi; similiter enim accedentibus singulis crescit numerus. Idem faciendum in transversis gradibus; sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos conjungitur, prior numeratur. Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur transeamus.

Avia paterna mea nupsit patri tuo, perperit te, aut avia paterna tua nupsit patri meo, peperit me; ego tibi patruus sum, et tu mihi. Id evenit si mulieres altera alterius filio nupserit; nam qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrui sunt; quæ feminæ, invicem amitæ; item masculi feminis similiter patrui, feminæ illis amitæ. Si vir et mulier, ille filiam ejus duxerit, illa filio ejus nupserit, qui ex patre adolescentis nati erunt, ex matre puellæ natos fratris filios illi eos patruos et amitas appellabunt. L. 1 pr. 10 § 9, 10, 14 D. de grad. 38, 10.

II. — La parentela è o matrimoniale o non matrimoniale. Mentre la derivazione fuori di matrimonio fonda di fronte alla madre e ai suoi cognati lo stesso rapporto della cognazione come quella matrimoniale, la derivazione dal padre se fuori di matrimonio è senza effetto giuridico. Mentre dunque il fatto naturale del parto da luogo ad una relazione giuridica con la madre, il fatto naturale della generazione, che al contrario di quella si sottrae alla verificazione diretta, non fa luogo a nessun rapporto giuridico col generante. Anzi la paternità nel senso del diritto è subordinata all' unione giuridica del padre con la madre, dimodochè, se questa era un *justum matrimonium,* cioè un matrimonio romano pienamente efficace, nasceva pel figlio venuto da quello il rapporto dell'*agnatio,* assai più importante giuridicamente della cognazione, di fronte al padre ed ai suoi agnati. *Adgnati* sono coloro che o stanno sotto la stessa patria potestà o, se il comune stipite vivesse ancora, vi starebbero, cioè tutti gli uniti giuridicamente *per masculos* all'autore comune. Come pertinenza giuridica l'*agnatio* per mezzo di avvenimenti giuridici si fonda (così anche per *in manum conventio,* con cui la donna viene *loco filiæ familias*) e si distrugge (per *capitis diminutio*), mentre la *cognatio* come rapporto naturale non vien distrutta da alcun fatto giuridico. Riguardo alla sua importanza giuridica la *cognatio* sta

all'*agnatio* come il meno al più, poichè tutti gli effetti della *cognatio* spettano anche all'*agnatio* nata da atto giuridico. Mentre poi l'agnazione è importante anche nei gradi più remoti, l'importanza giuridica della cognazione non si estende oltre al sesto o al settimo grado. Entro questi limiti i cognati sono liberi da limitazioni giuridiche (per es. delle donazioni) a cui altri sono sottoposti, e soggetti a giuridiche restrizioni (p. es. quanto al matrimonio), che non esistono per altri. Inoltre la cognazione tra ascendenti e discendenti fonda l'obbligo reciproco degli alimenti nel caso di necessità. Invece nell'antichità la vocazione alla tutela e alla successione spettava solo agli agnati. Poichè mercè l'agnazione l'unità della *familia* si dimostra efficace anche oltre il suo scioglimento per la morte del *pater familias*, in largo senso anche il complesso degli agnati forma tuttavia *una famiglia*.

Non facile autem, quod ad nostrum jus attinet, cum de naturali cognatione quæritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur. Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati vel ab eodem orti progenitive sint. Cognationis substantia bifariam apud Romanos intellegitur: nam quædam cognationes jure civili, quædam naturali conectuntur, nonnumquam utroque jure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intellegitur quæ per feminam descendit, quæ volgo liberos peperit, civilis autem per se, quæ etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utroque jure consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur, sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur: civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quæ per mares contingit. L. 4 pr. § 1, 2 eod.

Cognationem facit etiam adoptio; etenim quibus fiet adgnatus hic, qui adoptatus est, iisdem etiam cognatus fiet; nam ubicumque de cognatis agitur, ibi sic accipiemus, etiam ut adoptione cognati facti contineantur. Evenit igitur, ut is, qui in adoptionem datus est, tam in familiam naturalis patris jura cognationis retineat, quam in familia adoptiva nanciscatur; sed eorum tantum cognationem in adoptiva familia nanciscetur, quibus fit adgnatus, in naturali autem omnium retinebit. L. 1 § 4 D. unde cogn. 38, 8.

Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem; nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui

cognatus est, et adgnatus est; alterum enim civile, alterum naturale nomen est. L. 10 § 4 D. de grad.

Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum; nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur. L. 95, § 2 D. de V. S. 50, 16.

III. — Mentre la cognazione nei gradi remoti perde la sua importanza, l'agnazione col cessare della parentela dimostrabile passa nell'unione giuridica della *gens*. La *gens* che il suo nome indica come cerchia di parenti, è una cerchia di persone unite giuridicamente a mo' di parenti. Mentre nella parentela effettiva il rapporto individuale di più persone fonda la loro partecipazione alla medesima cerchia di persone, viceversa la partecipazione alla stessa *gens* fa luogo ad una comunione, che, secondo l'antica costituzione romana, forma il passaggio dall'unione familiare allo Stato, e invece nel diritto posteriore ha solamente l'importanza di una parentela remotissima riconoscibile dall'unità del nome e derivante ancora solo dalla tradizione. La *gens* essendo il più ampio circolo familiare è identica alla *familia* nel più largo senso della parola.

Paul Diac. v. Gentilis dicitur ex eodem genere ortus et is, qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius: gentiles mihi sunt, qui meo nomine appellantur.

Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur (sicuti dicimus familiam Juliam), quasi a fontem quodam memoriæ. L. 195 cit. § 4.

IV. — Mentre la *gens* sul principio dell'epoca imperiale perse affatto ogni importanza, la *cognatio* acquistò prima per mezzo del pretore, poi per la legislazione imperiale una considerazione crescente: sotto Giustiniano essa ha conseguito tutti i diritti dell' agnazione, sicchè una diversità di parentela non esiste più riguardo al suo effetto, ma solo riguardo al modo di nascita e di estinzione.

V. — Il rapporto matrimoniale producente la parentela

1) Nel caso della sua riunione con la *manus* portava la donna *loco filiæ* nell'agnazione del marito,

2) Senza *manus* non fondava alcun rapporto giuridico analogo all'agnazione: invece il matrimonio come tale fondava il rapporto

che aveva molto della cognazione, di affinità (*adfinitas*) di fronte ai cognati del coniuge (non però tra i respettivi agnati).

Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationem finem accedit; namque conjungandæ affinitatis causa fit ex nuptiis. L. 4 § 3 D. de grad.

III. ESTINZIONE E OPPUGNAZIONE DELLO STATO GIURIDICO PERSONALE.

I. CAPITIS DIMINUTIO.

§ 49.

I. — Mercè la famiglia determinata, che per nascita o atto giuridico è sua, si determina l'individualità giuridica del cittadino romano. Una distruzione di essa è la *capitis diminutio* o *deminutio*. Essa si ha:

1) Per cessazione delle condizioni di quella, libertà e cittadinanza.

2) Per distruzione volontaria, contenente una negazione della individualità determinata, della *familia* o della partecipazione ad essa da parte del *pater familias*, il che avviene per *arrogatio, adoptio, in manum conventio* ed *emancipatio*. Invece non si ha *capitis deminutio*

a) Per il nascere di una nuova *familia* da quella estinta per morte del suo capo, e

b) Per la distruzione, non proveniente dal padre, della *familia* in lui mediante *captio* a *flamen Dialis* o a *virgo Vestalis*.

Perdita della libertà è *capitis diminutio maxima*, della cittadinanza *media*, il semplice cambio di famiglia *minima:* in contrapposto al semplice annientamento della determinata individualità giuridica la estinzione delle sue condizioni vien chiamata con un'espressione comune *magna capitis diminutio*.

Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quæ habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia hæc amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse

capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat. L. 11 D. de cap. min. 4, 5.

II. — La *capitis diminutio* distrugge non solo insieme all'anteriore *familia* o alla partecipazione ad essa il vincolo agnatizio nascente dalla famiglia, ma anche *jure civili*, non per diritto pretorio, le obbligazioni del *capite minutus*, mentre nella *minima capitis diminutio* la signoria giuridica del *capite minutus* passa al suo signore attuale; se essa però è inseparabile dal suo subietto individuale, cessa totalmente.

Cum paterfamilias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes ejus res incorporales et corporales quæque ei debitæ sunt, patri adoptivo coëmtionatorive adquiruntur, exceptis his quæ per capitis deminutionem pereunt. Gai III, 83.

III. — Perdita della cittadinanza senza perdita della libertà, avviene

1) Mediante il trasferimento in una *colonia Latina*,

2) Mediante la pena del bando (*aquæ et ignis interdictio* e *deportatio*), che era derivata dall'anteriore sottrarsi alla pena mediante esilio volontario; il patrimonio dell'esule era proprietà dello Stato.

Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur; quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit vel ei, qui in insulam deportatus est. § 2, J. ht. 1, 16.

IV. — Perdita della libertà avviene;

A. Per la caduta in potere di un popolo nemico, cioè non trovantesi con Roma in relazione di diritto delle genti. Nel caso di ritorno rivive *jure postliminii* lo stato anteriore collo stesso effetto come se non fosse mai perito. Non fa luogo a *postliminium* il ritorno

1) Del profugo e di colui che si è arreso in combattimento.

2) Di colui che non vuol riprendere la sua condizione primitiva.

3) Del reduce contro la volontà dello Stato.

Il *redemtus ab hostibus* può esser ritenuto dal *redemptor* fino a che non abbia scontato il prezzo del riscatto. Se il romano muore

in carcere, nascono per una *fictio legis Corneliæ* gli stessi effetti che se non fosse caduto prigione, ma fosse morto nel momento della sua incarcerazione.

Eos, qui ab hostibus capiuntur, jure postliminii reverti antiquitus placuit. An qui hostibus deditus reversus nec a nobis receptus civis Romanus sit, inter Brutum et Scaevolam varie tractatum est; et consequens est, ut civitatem non adipiscatur. L. 4 D. de capt. 49, 15.

Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent; et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet. L. 12 D. qui test. fac. 28, 1.

In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. L. 18, D. de capt.

Potestatis autem verbum non solum ad liberos, qui sunt in potestate, referendum est, verum etiam ad eum, quem redemit ab hostibus, quamvis placeat, hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri donec pretium solvat. L. 20 § 1 qui test. fac.

B. La vendita in paese straniero colpiva in antico colui che

1) Si sottraeva ai suoi doveri di cittadino, non sottoponendosi a servizio militare o al censo,

2) Non soddisfaceva le sue obbligazioni di diritto privato, (§ 40, I).

Populus cum eum vendit, qui miles factus non est... judicat, non esse eum liberum, qui ut liber sit, adire periculum noluit; cum autem incensum vendit, hoc judicat... eum, qui cum liber esset, censeri voluerit; ipsum sibi libertatem abjudicavisse. Cic. pro Cæc. 34, 91.

Qui ad delectum olim non respondebant, ut proditores libertatis in servitutem redigebantur; sed mutato statu militiæ recessum a capitis pœna est. L. 4 § 10, D. de re mil. 49, 16.

C. Abolita la vendita in paese estero, s'introdussero col tempo certi casi, nei quali il Romano entro lo stesso territorio romano diveniva schiavo; così,

1) Il pretore considerava schiavo colui che avendo almeno 20 anni si faceva vendere schiavo per dividere il prezzo col venditore § 4 J. de jur. pers. 1, 3.

2) Secondo la *lex Aelia* colui *qui dediticiorum numero est* riperde la libertà col soggiorno in Roma, proibitogli. Gai I 27.

3) Un *S. c. Claudianum* concesse la libera che scientemente si manteneva unita con uno schiavo altrui ad onta di un triplice avviso del padrone di questo, al padrone stesso. (§ 22, I, 2, a).

Paul. II, 21, a. § 1. § 1, J. de succ. subl. 3, 12.

4) Dopo Claudio una *revocatio in servitutem* minacciava il liberto che dimenticasse i proprii doveri.

D. Nell'epoca imperiale rende generalmente schiavi senza proprietario (*servus pœnæ*) la condanna ad una pena capitale, cioè a un combattimento per la vita e per la morte (per es., combattimento colle fiere) o ad un lavoro che duri quanto la vita (nominatamente lavoro nelle miniere).

Servi autem pœnæ efficiuntur qui in metallum damnantur et qui bestiis subiciuntur. § 3. J. quib. mod. jus 1, 12.

II. STATUS QUAESTIO.

§ 50.

I. — La disputa sulla libertà o indipendenza domestica di una persona ha di speciale che questa persona, come oggetto della controversia, non ne può essere soggetto; in particolare nel processo sulla libertà colui, la cui libertà è controversa, vien rappresentato da un *assertor* che fu dichiarato superfluo da Giustiniano. La *status controversia* è come processo a sè un *præjudicium* con l'effetto speciale che la *pronunciatio* che lo decide non solo è obbligatoria per le parti, ma anche pei terzi. Dicasi lo stesso della controversia sull'ingenuità incoata mediante *præjudicium* col patrono apparente. In forza del suo effetto pei terzi, durante 5 anni ogni terzo può oppugnare una tale sentenza come prodotta da una controversia apparente, calcolata allo scopo di conseguire lo stato disputato.

II. — La qualità di un *civis, Latinus,* o *peregrinus* non è da per sè oggetto di controversia privata.

SEZIONE TERZA

DIRITTI SULLE COSE

I. LE COSE

§ 51.

I. — Cosa, in contrapposto a *persona* o soggetto di diritto, è quell'oggetto corporale di diritti, che, non esiste in riguardo di sè medesimo.

A) Poichè le cose esistono solo in riguardo delle persone, la signoria su di esse non riceve dalla qualità delle cose stesse altri limiti che quelli della loro propria estensione. Mentre perciò i limiti di tutti gli altri rapporti giuridici sono segnati soltanto da una determinazione giuridica, quelli della signoria su una cosa invece coincidono coi limiti di questa e sono solamente sottoposti a *modificazione* mediante disposizione del diritto. A cagione di un tale rapporto, il linguaggio volgare identifica la dominazione giuridica di una cosa nella sua totalità, cioè il *dominio*, con la cosa stessa, e contrappone quindi fra loro, come modi diversi delle parti componenti un patrimonio, le *res corporales* e le *res incorporales*, cioè da un lato quel diritto, in forza del quale una cosa corporea è mia, e dall'altra tutti gli altri diritti patrimoniali, i cui limiti non si compenetrano coi limiti d'una cosa corporale, sia perchè il loro oggetto non è, in generale, una cosa, sia perchè la loro estensione non è tuttavia eguale a quella della cosa stessa, sicchè questa rimane ancora cosa altrui di fronte a chi ha quei diritti.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et deniquæ aliæ res innumerabiles. Incorporales sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereditas, usus fructus,

obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus successionis et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et jura prædiorum urbanorum, et rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur. L. 1, § 1, D. de div. rer., 1, 8.

B) L'unità di una data cosa cioè il suo limite distintivo di fronte ad altre cose non è, di regola, determinato da una norma giuridica. Dal concetto della cosa, come un oggetto corporeo, nasce la necessità dell'unione corporea delle parti che la compongono. All'incontro l'esistenza di una pluralità di cose non è esclusa in modo assoluto per la loro congiunzione corporale. Piuttosto la separazione di certe cose, delle parti di un fondo, non è, in generale, corporea. Essendo però queste soltanto parti singole di un tutto naturale, in ultimo, qualunque tutto naturale è una cosa: se invece fra diverse cose viene posto un vincolo artificiale, questo tutto è una cosa quando le diverse parti, non solo sono congiunte, ma considerate una cosa sola dal punto di vista del commercio. Secondo la diversità della dipendenza esistente fra le parti che le compongono, le cose sono od uniche (corpora unita, ἡνωμένα) o connesse (corpora connexa, συνημμένα). Le singole parti componenti una cosa unica sono fra loro compenetrate o fuse, quelle delle cose connesse sono solamente commesse o consolidate fra loro: poichè, in tal caso il vincolo, essendo meccanico, toglie alle singole parti solamente la loro indipendenza senza alterarne la natura, esse, mercè la separazione e lo scioglimento del vincolo, tornano ad essere di nuovo le stesse cose che erano state fino all'effettuazione di quello. Quando però le fonti pongono a lato di quelle due maniere di unità corporali un terzo modo di *corpora,* i quali constano di una pluralità di corpi di per sè esistenti, esse intendono il concetto del *corpus* nel lato senso di una unità formata da corpi, che però in quel terzo modo non è una unità corporea, ma dipende da un modo di considerarle intrinsecamente unite; come tale unità esse considerano l'unione di più persone in un tutto (specialmente una persona giuridica) e l'unione di animali in un *grex* (1).

(1) Göppert, *Ueber einheitl., zusammengesetze und Gesammtsachen*, 1871.

Tria autem genera sunt corporum; unum, quod continetur uno spiritu et græce ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohærentibus constat, quod συνημμένον vocatur ut ædificium, navis, armarium; tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura soluta sed uni nomini subjecta veluti populus, legio, grex. L. 30, pr. D. de usurp. 41, 3.

II. — Relativamente alla loro importanza, come obietto di diritto privato, le cose:

A) O sono sottratte assolutamente al servizio degli uomini, quali *res divini juris;* esse sono:

1) Attribuite in proprietà agli Dei sotto l'autorità pubblica, come *res sacræ;*

2) O a loro devolute come *res religiosæ*. Invece le *res sanctæ* non sono di dominio divino, ma soltanto affidate ad una speciale protezione divina.

Summa itaque rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliæ sunt divini juris, aliæ humani. Divini juris sunt veluti res sacræ et religiosæ. Sacræ sunt, quæ Diis superis consecratæ sunt; religiosæ, quæ Diis Manibus relictæ sunt. Sed sacrum hoc quidem solum existimatur, quod auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo ejus mortui funus ad nos pertineat.

Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt. Gai, II, 2-6, 8.

B) O sono *res humani juris;* fra queste:

1) Sono sottratte alla dominazione giuridica e a quella di fatto:

a) Gli animali selvaggi nello stato della loro libertà naturale escludente qualunque signoria, non solamente finchè tale libertà non è perduta, ma anche quando è di nuovo acquistata.

Gai, II, 67, 68, § 12-16. J. ht. 2, 1, L. 3, § 2, L. 5, § 6, D. de adq. dom. 41, 1.

b) *Res naturale iure omnium communes* sono l'aria atmosferica e l'acqua liberamente scorrente.

c) Poichè il mare aperto giace al di fuori di ogni territorio dello Stato, è sottratta alla signoria privata la sua spiaggia, che tanto si estende, quanto monta il flutto. Invece è oggetto di diritto privato

l'edificio costruito nel mare o sulla sua riva, e quindi per tutto il tempo della sua durata, anche il terreno su cui è fondato. § 1, J. ht. 2, 1.

2) Per motivi giuridici sono attribuite all'uso comune e quindi sottratte al dominio privato le cose seguenti:

a) In forza delle loro qualità naturali, i fiumi pubblici. Mentre essi, in generale, non sono oggetto di dominio, il dominio della ripa del fiume è limitato tanto quanto ne è necessario l'accesso per l'uso cui è destinato il fiume.

Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circum colentium. Fluminum quædam publica sunt, quædam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. L. 1, § 1, 3. D. de flum. 43, 12.

b) A causa di una destinazione data loro dalla comunità, non sono, sino al cessare di tale destinazione, oggetto di commercio di diritto privato e non possono perciò esser sottoposti al dominio privato quegli oggetti del dominio dello Stato o della comunità, che sono aperti all'uso di qualunque cittadino (*res publicæ et universitatum publico usui destinatæ*).

Sono parimente cose sottratte, in generale, alla signoria umana le cose pubbliche nel senso di cose che servono all'uso generale e perciò, sottratte ad una signoria esclusiva come cose *extra commercium* o *extra patrimonium nostrum*, non sono possibile oggetto di disponibilità giuridica privata e del dominio dei privati. Contro il pregiudizio dell'uso delle cose pubbliche il pretore ha concesso vari interdetti popolari.

..... Sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut pubblica, quæ non in pecunia populi sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius. L. 6, pr. D. de c. e. 18, 1.

Videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. — Quæ publicæ sunt, nullius videntur in bonis esse. Gai I, 1, 11.

3) Fra gli obietti di diritto privato si attribuiva in antico una particolare importanza ai fondi, al terreno, come pure alle forze viventi da lavoro (uomini ed animali domestici, da tiro e da soma), poichè esse

a) erano i soli oggetti della *mancipatio*, e

b) potevano essere alienate soltanto mediante di quella o con la *in jure cessio*, vale a dire soltanto pubblicamente innanzi a testimoni od al magistrato.

Quegli oggetti sono le *res mancipi;* tutte le altre cose sono *res nec mancipi*.

Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt prædia in Italico solo tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura prædiorum rusticorum, velut via iter actus aquæductus; item servi et quadrupedes, quæ dorso collove domantur, velut boves muli equi asini. Ceteræ res nec mancipi sunt; elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domantur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. Mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi. Ulp. XIX, 1, 3.

Res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt. Mancipi vero res sunt quæ per mancipationem ad alium transferruntur, unde etiam mancipi res sunt dictæ. Gai II, 19, 22.

III. — La cosa è:

A) O una cosa mobile o un frammento del suolo. Questo si distingue da quella principalmente per il modo della sua limitazione, imperocchè esso, da un lato, è congiunto corporalmente con i pezzi di suolo che lo circondano, e dall'altro, nel suo allineamento verticale, non soltanto è senza limite tangibile dalla parte di sotto, ma ancora non può venire signoreggiato senza che sia signoreggiato anche lo spazio che si innalza su lui. Il dominio dei fondi abbisogna perciò molte volte di uno speciale trattamento, come particolarmente di una speciale determinazione della sua estensione.

B) *Divisibilità* di una cosa, nel senso giuridico, è la possibilità del suo smembramento in più cose della medesima specie. Sono perciò divisibili quelle cose, nelle quali la forma è indifferente per caratterizzarne la specie. La divisibilità ha una importanza giuridica:

1) Nei fondi, perciocchè qui la divisione si effettua senza annientare la corporale congiunzione. Poichè la limitazione del *fundus* è una limitazione arbitraria, esso, non solo per una delimitazione qualsiasi di singoli *loci* si scinde in una pluralità di frammenti di suolo, ma anche per di più la natura propria del *fundus* e del *locus* è puramente rela-

tiva, sicchè qualunque trattamento separato di un *locus* lo fa, nella relazione mentovata, apparire come un *fundus*.

Locus non est fundus, sed portio aliqua fundi; fundus aut integrum aliquid est. Ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. Non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio; et quælibet portio fundi poterit fundus dici, si jam hoc constituerimus. Nec non et fundus locus constitui potest; nam si eum alii adjunxerimus fundo, locus fundi efficietur. L. 60, pr. D. de V. S., 50, 16.

Si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso..... non est pars fundi, sed fundus. L. 6, § 1. D. comm. pr. 8, 4.

2) Inoltre la divisibilità ha importanza per la divisione che scioglie una comunione giuridica, divisione, che deve effettuarsi dal giudice sulle cose divisibili, mediante la loro disgiunzione. Però la divisione deve qui essere possibile senza diminuzione del valore della cosa.

Quodsi de una re, veluti fundo (actum fuerit), si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet. Quodsi commode dividi non possit vel homo forte aut mulus erit, de quo actum sit, uni totus adjudicandus est et is alteri certa pecunia condemnandus. § 5. J. de off. jud., 4, 17.

3) A cagione del linguaggio volgare, che identifica la cosa col dominio, si parla della divisione di una cosa anche quando non si forman già più cose di una sola cosa, ma soltanto nel luogo del suo proprietario ne subentrano varii. Tanto meno che la cosa stessa è qui diviso il suo dominio, piuttosto viene soltanto attribuita ai singoli proprietarii una data parte, così detta intellettuale, della cosa *(pars pro indiviso)* nel senso di una aspettativa, da realizzarsi mercè il procedimento divisorio, di una parte della cosa di grandezza determinata o di una corrispondente quota del suo valore.

Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. L. 5, D. de stip. serv., 45, 3.

C) Il concetto della *consumabilità* indica una qualità economica di certe date cose. Però si intende con ciò non tanto la possibilità

del loro consumo in conseguenza dell'uso ordinario, possibilità, che non manca in nessuna cosa, quanto la impossibilità di un uso, conforme alla loro destinazione, che non sia un consumo. *Res quæ usu consumuntur* sono perciò quelle cose, il cui uso, conforme alla loro destinazione, consiste in una totale o parziale distruzione della loro sostanza, sicchè non sono possibili oggetti di un semplice diritto di godimento, che escluda la facoltà di disporre della loro sostanza. Ciò vale anche pel danaro, come cosa, il cui uso, conforme alla sua destinazione, consiste nella giuridica disponibilità della sua sostanza: perciò esso è giuridicamente uguale alle cose, *quæ usu consumuntur*.

§ 2, de Usufr. 2, 4, L. 5, § 1, L. 7, D. de usufr. ear. rer. 7, 5.

D) Il concetto della così detta *fungibilità* indica un determinato rapporto reciproco fra cose di ugual natura, nascente dall'importanza economica delle cose. Sono reciprocamente sostituibili l'una all'altra (fungibili) tutte quelle cose di una data natura, fra le quali non v'è alcuna differenza qualitativa dal punto di vista commerciale, e che adunque da cotesto punto di vista sono fra loro distinte soltanto quantitativamente *(res, quæ numero, pondere, mensura constant)*. La cosa fungibile più importante è il danaro. Non solo i pezzi di moneta, come tali, si distinguono fra loro soltanto per la diversità quantitativa del valore che essi rappresentano, ma inoltre il denaro si scambia con tutte le altre cose, in correspettività del lorc valore.

Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata; quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis et qualitatis. L. 1, § 2, D. de obl. et act. 44, 7.

IV. — Una cosa può, od esser incorporata ad un'altra, come *accessio*, o nascere da un'altra, come *fructus*,

A) *Accessio* è la parte accessoria di una cosa, in contrapposto alla parte principale decisiva per la esistenza e per il concetto del tutto e quindi anche pel suo destino giuridico: perciò, in particolare, è *accessio* di un fondo tutto ciò che ha radice in esso od è edificato sovr'esso. Mentre una cosa, diventando effettiva *accessio* di un'altra, cessa di esistere come cosa a sè, invece quella, che modernamente dicesi *pertinenza*, cioè quella cosa che viene considerata come sem-

plice appartenenza di un'altra, sicchè, nel dubbio, la disponibilità su questa si estende anche su quella, è una cosa distinta, che però esiste in riguardo di un'altra.

Qua ratione autem plantæ quæ terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Litteræ quoque, licet aureæ sint, perinde chartis membranisque cedunt ac si solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur § 32, 33. J. de rerum div, 2, 1.

Ædibus distractis vel legatis ea esse ædium solemus dicere, quæ quasi pars ædium, vel propter ædes habentur. L. 13, § 31, D. de act. emt. 19, 1.

B) *Fructus* di una cosa è quel prodotto di essa, per il cui acquisto essa apporta un vantaggio economico, ma la cui separazione non apparisce come diminuzione della sua sostanza. Fino alla separazione dalla cosa fruttifera il frutto, come *fructus pendens*, è una *res futura*. — Prodotto mediato di una cosa (il cosidetto *fructus civilis*) è quello acquistato mediante la concessione del suo godimento ad altri.

Fructus pendentes pars fundi videntur. L. 44, D. de r. v. 6, 1.

Ancillarum partus..... Fructus esse non existimantur quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant. L. 27, D. de her. pet. 5, 3.

Si cretifodinæ, argentifodinæ vel auri, vel cujus alterius materiæ sint vel harenæ, utique in fructu habebuntur. L. 14, D. sol. matr. 24, 3.

Usuræ vicem fructum obtinent. Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. Mercedes plane a colonis acceptæ loco sunt fructuum, operæ quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones: item vecturæ navium et jumentorum. L. 29, D. de her. pet. 5, 3.

II. POSSESSO E PROPRIETÀ.

A. CONCETTO ED ESTENSIONE.

§ 52.

I. — Possesso (*possessio*) è la disponibilità fisica, proprietà è la disponibilità giuridica di una cosa. La proprietà, come signoria giuridica, si chiama *dominium*, ed in contrapposto alla signoria giuri-

dica di una cosa altrui, *proprietas:* di regola però essa è indicata semplicemente colla menzione del suo oggetto, col quale il linguaggio volgare la identifica: sicchè alla *res* vengono contrapposti, da un lato, la *possessio,* e dall'altro, il *jus in re.*

Il dominio sta:

1) Col possesso in tal relazione, che

a) la pretesa del possesso della cosa è il più importante diritto del proprietario e che

b) il possessore, in forza della propria volontà, esercita di fatto sulla cosa quell'azione, che, per volontà del diritto, deve spettare al proprietario.

2) Il dominio sta in relazione coi diritti sulla cosa altrui, in modo che questi limitano l'azione del proprietario nel rapporto col loro subietto, mentre non toccano ai diritti del proprietario verso i terzi. Come il diritto sulla cosa, anche il suo possesso è una signoria o nella sua totalità o soltanto in determinati rapporti: come perciò si contrappone alla *res* il *jus in re,* così si contrappone alla *rei possessio* la *juris possessio* o *quasi possessio.*

II. — Il possesso è un rapporto di fatto, col quale però si congiungono alcune determinate conseguenze giuridiche in vantaggio del possessore, e la cui esistenza è, in riguardo a tali conseguenze, regolata dal diritto.

A) Le conseguenze del possesso sono, in primo luogo, quelle che esso genera in unione ad altri fatti, poichè, talora l'acquisto, talora soltanto una determinata durata del possesso in unione ad altre circostanze, fa nascere la proprietà: altre conseguenze giuridiche sono poi generate dal possesso *come tale.* Quando il possesso è dal *jus civile* riconosciuto come mezzo di acquistare la proprietà, si chiama *civilis possessio.* In contrapposto a questo, il possesso, come tale, si chiama possesso interdittale (*poss. ad interdicta*), perchè esso, secondo il diritto pretorio, attribuisce gli interdetti contro arbitrarie perturbazioni.

B) Alla *possessio,* nel senso giuridico, ossia al così detto possesso giuridico, vien contrapposta la *naturalis possessio,* cioè l'esterna apparenza del possesso, la quale può trovarsi o nella persona dello effettivo possessore, o in un'altra persona.

III. — 1) Il possesso, nel senso del diritto, è possibile soltanto per

quelle persone o su quelle cose, che sono possibili subietti od obietti di proprietà.

2) Condizione della sua origine è l'*animus rem sibi habendi*, cioè l'intenzione di considerare la cosa come sottoposta esclusivamente alla propria volontà. Questa intenzione manca in coloro, che detengono la cosa come una cosa stata a loro affidata da altri, ed anche in coloro, che considerano di signoreggiare bensì la cosa, in forza di una loro propria azione esclusiva, ma soltanto in un determinato rapporto. Nel primo caso il detentore, che possiede *alieno nomine*, non è subbietto di un possesso proprio, ma soltanto rappresentante del possessore, mentre nel secondo caso egli non è soggetto della *rei possessio*, ma, od è un *juris possessor*, ovvero è in possessione come un semplice custode della cosa, in forza di una propria pienezza di poteri. Eccezionalmente è considerato come possessore giuridico della cosa colui, cui essa è data per concessione revocabile a volontà (*precario*), od in pegno manuale (*pignus*) o fino alla risoluzione di una controversia su di essa (*sequestro*).

Possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet. L. 2, D. uti poss. 43, 17.

Possidere autem uxorem rem a vivo donatam Julianus putat. — licet illa jure civili possidere non intelligatur. L. 1, § 2, D. pro don. 41, 6. L. 26 pr. D. don. i. v. 24, 1.

Solo animo non posse nos adquirere possessionem nisi antecedat naturalis possessio. L. 3, § 3. D. de adq. poss., 41, 2.

Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt. — Peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. L. 49, § 1. L. 24, eod.

Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere. L. 30, § 1, eod.

Aliud est possidere, longe aliud in possessione esse... custodiæ causa. L. 10, § 1 eod.

Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, non possidere videmur. L. q. eod.

Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. L. 15, § 4, D. de prec., 43, 26.

Qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet. L. 16, D. de usurp. 41, 3.

Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet. L. 17, § 1, D. depos., 16, 3.

IV. — Tanto il possesso, quanto la proprietà possono appartenere non ad una singola persona per sè, ma anche essere comuni ad una pluralità di persone, sicchè il godimento della cosa, in quanto esso non sia conciliabile coll'uguale godimento di qualunque socio, appar-partiene al singolo soltanto in accordo cogli altri compossessori o comproprietari. Una determinata *pars*, o una determinata frazione del dominio e possesso, è qui attribuita al singolo nel senso di una norma per la divisione, la quale decide in qual rapporto debba spettare al singolo il provento, che rende la cosa, e la spesa, che essa apporta, come anche, nel caso di divisione, in qual rapporto gli debba spettare la cosa o il suo valore. La realizzazione di questa aspettativa, su una data parte della cosa o del suo valore, mediante l'effetto del *judicium communi dividundo*, è, in qualunque tempo, nel potere di ciascun comproprietario.

Celsus ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. L. 5, § 15, D. commod. 13, 6.

Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causa, esse prohibentis constat. L. 28, D. comm. div. 10, 3.

Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus. L. 4 pr. D. communi dividundo 10, 3.

V. — Limitazioni del dominio per causa dei diritti di terze persone nascono talora dalle norme giuridiche generali, come *limitazioni legali* della proprietà, talora da particolari cause originarie come *diritti sulla cosa altrui.*

A) Dal diritto la proprietà, e specialmente la proprietà dei fondi, soffre limitazioni, talora in vantaggio di qualunque cittadino, talora nell'interesse particolare di determinate persone. Mentre le prime servono, da un lato, ad interessi religiosi, ma innanzitutto alla sicurezza pubblica e alla libertà del commercio, le altre limitazioni della proprietà nascono in riguardo dell'altrui dominio.

1) Nell'interesse del seppellimento dei cadaveri, il padrone del

fondo deve astenersi dal trasportar via arbitrariamente il cadavere, che, contro il diritto, è stato inumato nel suo terreno; come pure deve, dietro un compenso, permettere l'accesso nel suo fondo a colui, che non ha altro passaggio per recarsi ad un sepolcreto. L. 12, pr. 8, pr. D. de relig. 11, 7.

2) Restrizioni della proprietà dei fondi urbani nell'interesse della pubblica sicurezza sono la proibizione del seppellimento dei morti entro la città, la limitazione dell'altezza degli edifici, e la prescrizione di una distanza fra essi.

Hominem mortuum, inquit lex in XII tabulis in urbe ne sepelito neve urito. Cic. de leg. 2, 23, § 58.

3) Nell'interesse della libertà del commercio:

a) I confinanti di una via pubblica, che non tengono questa in buono stato, devono tollerare il passaggio pei loro fondi, come pure cedere forzatamente il terreno richiesto per il ristabilimento d'una via pubblica. Parimente i confinanti di un fiume pubblico devono tollerare il passaggio pei loro fondi a scopo di servirsi del fiume (p. 146).

b) Il proprietario di un fondo deve tollerare che altri vi scavi i minerali contro l'assicurazione di $^1/_{10}$ del prodotto. L. 3, 6. C. de metall. 11, 6.

4) In favore dei fondi vicini vi è

a) Il diritto di condurre l'aratro *(actus et circumactus aratri)* entro il lembo di terra di 5 piedi, comune a due fondi.

b) Il diritto di proiezione, a cagione del quale il proprietario di un *prædium rusticum* deve tollerare che i rami altrui sporgano sul suo fondo all'altezza di più di 15 piedi (D. de arboribus cædendis 43, 27), come pure:

c) Il diritto di ingresso, pel quale un giorno per l'altro il vicino ha libero passaggio nel fondo altrui per raccogliere i frutti cadutivi dal suo (D. de glande legenda 43, 28).

d) il proprietario deve tollerare una costruzione, per la quale una parete del vicino sovrasti al suo fondo per non più di $^1/_2$ piede.

e) Il proprietario di un edifizio non deve a questo apportare nessuna modificazione contraria allo stato anteriore in danno del vicino (L. 11, D. de ser. pr. urb. 8, 2).

B) I diritti sulla cosa altrui, nascenti da cause particolari si presentano talora come *servitutes prædiorum* in unione al dominio altrui, da esse rinforzato ed allargato, talora come diritti di per sè stanti. Il loro contenuto è talvolta (in certe *servitutes prædiorum*) un contenuto negativo, che si riduce alla proibizione di determinate facoltà, talora un contenuto positivo. I diritti reali di contenuto positivo sono:

1) O diritti reali di godimento e veramente:

a) Di ristretta estensione, la cui limitazione talora nelle *servitutes prædiorum* è limitazione nel contenuto, talora nelle *servitutes personarum* è di tempo.

b) Estesi diritti di godimento, i quali attribuiscono a chi li ha non solo il completo e durevole godimento, ma anche la libera disponibilità del suo diritto sono la *superficies* e il *jus in agro vectigali* o *emphyteusis*.

2) In contrapposto ai diritti di godimento, il diritto di pegno non attribuisce all'avente diritto la facoltà di godere effettivamente della cosa, ma la facoltà di realizzarne il valore mediante l'alienazione, quindi la capacità di una disponibilità giuridica di essa, mediante la cui effettuazione il dominio, che dagli altri diritti reali è limitato, viene distrutto.

Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius. L. 25 pr. D. d. v. s. 50, 16.

B. SPECIE DEL DOMINIO.

§ 53.

I. — Non si possono avere modi diversi della proprietà riguardo al suo contenuto, ma bensì riguardo alle sue condizioni di esistenza e ai suoi effetti. Tali diversità derivano dalla diversità dei subietti, degli obietti e dei fatti costitutivi della proprietà.

II. — Subietto possibile di proprietà romana è solamente chi, riguardo al *commercium*, partecipa al *jus civile romano*; quindi non i *peregrinus*, congiunto ai Romani solo per la comunanza dell'*jus gentium*. Egli non può, per conseguenza, acquistare la proprietà

mediante le *civiles acquisitiones* del diritto romano, ma solamente mediante le *naturales acquisitiones* della proprietà come tale, che appartengono al *jus gentium.*

III. — Non può essere oggetto di libero dominio il *solum provinciale.* Secondo la costituzione romana, qualunque proprietà fondiaria deriva da quella del *populus Romanus,* poichè essa è tolta dall'*ager publicus* mediante *assignatio.* — A questa però era contrapposta la semplice *concessio,* per la quale non si trasferiva il dominio, ma si permetteva soltanto l'occupazione del fondo in correspettivo del pagamento di un *vectigal,* che riconosceva la proprietà dello Stato. In Italia, però, l'*ager publicus* disparve in parte mercè le assegnazioni (che specialmente servivano al collocamento dei veterani), in parte perchè il possesso dell'*ager occupatorius,* considerato già in antico come oggetto di successione e di alienazione, si cangiò in libera proprietà mercè l'abolizione del *vectigal.* — Invece l'intero territorio delle provincie era, per la conquista, divenuto proprietà del popolo romano, e valeva come tale anche quando esso veniva lasciato ai primitivi proprietari o attribuito ad altri. Il diritto dei privati sul *solum provinciale* si distingue dalla piena proprietà per questo che allo Stato, in forza del suo più alto diritto, spetta una parte del prodotto della cosa, parte, che consiste o in una quota di essi, da pagarsi in natura (*decuma*), o in un valore fisso, determinato dal provento assegnato alle diverse categorie di terreni, considerato (*stipendium vel tributum*) in frutti o in denaro. Per un *privilegium singulare* alcuni comuni non italiani acquistarono il *jus italicum,* il quale elevò il loro territorio a *solum italicum,* e quindi ad oggetto di piena proprietà privata, sicchè esso fu libero dal carico delle imposte fondiarie e divenne pure capace di acquisto e di alienazione nelle forme del *jus civile*, speciale ai Romani. Nell'ultimo periodo però il *solum italicum* fu equiparato al provinciale, perchè Diocleziano tolse ai fondi italici l'immunità della imposta e perchè, a cagione di una evoluzione, chiusa con Giustiniano, le *civiles acquisitiones*, quando non si estinsero come le forme della *mancipatio* e della *in jure cessio,* acquistarono generale applicabilità.

In provinciali solo... dominium populi Romani est vel Cæsaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur. — Provincialia

prædia....... stipendiaria sunt ea, quæ in his provinciis sunt, quæ propriæ populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea quæ in his provinciis sunt quæ propriæ Cæsaris esse creduntur. Gai II, 7, 17.

L. 1, 6-8. D. de censibus 50, 15.

Sciendum est quasdam colonias juris Italici, ut est in Syria Phœnice splendidissima Tyriorum colonia, unde mihi origo est... Fœderis, quod cum Romanis percussit, tenacissima: huic enim divus Severus imperator noster ob egregiam in rem publicam imperiumque Romanum insignem fidem jus Italicum dedit. L. 1 cit. pr. (Ulpianus).

IV. — La proprietà romana è, in parte, civile (*dominium ex jure Quiritium*), in parte pretoria. L'una può andar disgiunta dall'altra, poichè:

1) Sulle *res mancipi* la possibilità della loro alienazione mediante *traditio* non è riconosciuta dal *jus civile*, ma bensì dal *jus honorarium*.

2) Su tutti i generi di cose sorge il dominio pretorio senza il civile per l'avverarsi di una circostanza, con la quale solo l'editto pretorio ha unito l'effetto dell'acquisto della proprietà. Parimente per la trasmissione di una proprietà meramente civile o meramente pretoria si acquista, com'è naturale, solo una tal proprietà, quale l'*auctor* aveva. La *rei vindicatio*, che presupponeva un *meum esse ex jure Quiritium*, come *actio directa* nasceva solo dalla proprietà civile: però il proprietario pretorio aveva un *actio utilis*, sicchè, rispetto ai terzi, le due proprietà valevano ugualmente. Invece, in relazione al dominio pretorio, il dominio quiritario è privato dal pretore di ogni pratico effetto, è un *nudum jus Quiritium*: il proprietario pretorio è quindi colui che ha la cosa *in bonis*. Per conseguenza:

a) Il proprietario per diritto pretorio ha, come possessore, una *exceptio* contro la *reivindicatio* del proprietario civile e, come attore, una *replicatio* contro la *exceptio justi dominii* da quello proposta: e

b) gli acquisti occasionati dal possesso della cosa (in particolare l'acquisto dei suoi frutti) spettano al proprietario per diritto pretorio; invece

c) il dominio pretorio non può produrre certi effetti giuridici dello specifico *jus civile*; in particolare, il proprietario pretorio non può lasciare la cosa a un terzo mercè un *legatum per vindicationem*,

nè fare *civis romanus*, mediante la manomissione, uno schiavo, che non gli appartiene *jure civili:* parimente il *dominus ex jure Quiritium* era il *legitimus tutor* del liberto.

Giustiniano ha espressamente abolita la differenza fra il dominio Quiritario e il cosidetto dominio bonitario, la quale aveva perso il suo valore con lo scomparire del *jus* speciale ai Romani.

Sequitur ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium ita ut aut dominus quisque est aut dominus non intelligitur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Gai II, 40.

Ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis ejus sit, etiamsi simul ex jure Quiritium ejusdem non sit: nam qui nudum jus Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intelligitur. Gai, I, 54.

Si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium sit, ex omnibus causis adquirit ei, cujus in bonis est. Ulp. XIX, 20.

Qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit. Ulp. I, 16.

Antiquæ subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos apud quos vel nudum ex jure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec ex jure Quiritium nomen, quod nihil ab ænigmate discrepat nec unquam videtur neque in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquæ dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive aliarum rerum ad se pertinentium. L. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo, 7, 25.

V. — Mentre lo stabilirsi di un dominio pretorio, che si affermò contro il quiritario, conteneva una *correzione* del *jus civile*, si effettuò soltanto un *complemento* del *jus civile* con lo stabilire un dominio relativo nella persona del *bonæ fidei possessor*. Colui, che si trova in posizione tale da poter diventare proprietario, mercè una determinata durata del possesso da lui acquistato, fu dall'Editto parificato al proprietario in rapporto ai terzi non aventi diritto sulla cosa, mercè la introduzione della *publiciana in rem actio*, fondata sulla finzione

dell'usucapione: egli però è soltanto un proprietario relativo, giacchè il suo diritto non può affermarsi di fronte al più forte diritto del proprietario effettivo, nè può prevalere di fronte all'eguale diritto di un possessore *ad usucapionem* (cfr. § 54, IV; 57, III).

C. ORIGINE ED ESTINZIONE DEL POSSESSO E DEL DOMINIO.

§ 54.

I. — L'origine e la estinzione del possesso e del dominio avvengono talora con il nascere o coll'estinguersi del loro oggetto, talora con l'acquisto o con la perdita di cose esistenti. L'acquisto e la perdita del dominio talora sono congiunte a quella del possesso, tal altra ne sono indipendenti. *Naturalis adquisitio* è quel modo di acquistare il dominio che appartiene al *jus gentium; civilis adquisitio* quello proprio del *jus civile:* mentre, mediante *civilis adquisitio,* può nascere soltanto il dominio romano, questo pel rapporto generale del *jus civile* col *jus gentium* non può fondarsi per *naturales adquisitiones* solo in quanto a queste l'*jus civile* rifiuta il riconoscimento. Non trova luogo qui l'esposizione dell'acquisto del dominio per successione universale, nè di quello per legato che sta in connessione coll'eredità.

Quarumdam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peræque servatur, quarundam jure civili id est jure proprio civitatis nostræ. L. 1, pr. D. de adq. dom., 41, 1.

II. — Secondo il *jus gentium* l'acquisto e la cessazione della proprietà ha per condizione l'acquisto e la cessazione del possesso. L'acquisto dipende o dalla volontà unilaterale dell'acquirente come *occupatio*, o da un accordo col possessore precedente come *traditio:* lo abbandono di una cosa senza consegnarla è un *derelinquere, pro derelicto habere*.

A) Nell'acquisto del possesso debbono distinguersi i due elementi dell'*animus* od intenzione e del *corpus*, o del fatto che dà luogo alla esterna apparenza del possesso. Il momento del *corpus* è realizzato mercè lo stabilirsi di un tale rapporto esteriore colla cosa, in forza del quale essa, secondo l'uso del commercio, sembri essere di fatto nella dispo-

nibilità dell'acquirente, e il suo godimento da parte del terzo apparisca una conseguenza del suo rapporto colla cosa. Se tale rapporto esteriore esiste di già, la tradizione avviene mediante una semplice convenzione, che dà luogo all'*animus possidendi* (cosidetta *traditio brevi manu*), mentre la volontà unilaterale di possedere cangia la detenzione in possesso giuridico, solamente con l'effettuazione di una apprensione di possesso (*contrectactio*) — Così pure, viceversa, con una semplice convenzione (cosidetto *constitutum possessorium*) colui, che ha posseduto sin qui può diventare detentore della cosa per un altro, che d'ora innanzi possiede per mezzo di lui.

Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.

Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem.

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere: sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur. L. 3, § 1. L. 18, § 2. L. 3, § 18, D. de adq. p. 41, 2.

Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam; veluti si rem, quam commodavi, aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi; licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio. L. 9, § 5. D. de adq. dom. 41. 1.

B) possesso si perde:

1) *Corpore* mediante una tal cessazione della detenzione, che si renda impossibile il riacquistarla ogniqualvolta si voglia; cioè, o mediante il passaggio della cosa nel possesso altrui (trattandosi di fondi non però senza conoscenza del possessore anteriore), ovvero per la perdita (non già per il lasciar stare o il trasferimento) della cosa.

2) *Animo* per la manifestazione dell'*animus non possidendi*, invece non già per la cessazione dell'*animus possidendi*.

In amittenda quoque possessione affectio eius, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere protinus amittes pos-

sessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest. Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.

Nerva filius, res mobiles excepto homine quatenus sub custodia nostra sint hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus; nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur; dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia præsentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio. L. 3, § 6-8; 13 D. de adq. p. 41, 2.

C) Il dominio si acquista:

1) Mediante occupazione delle cose senza padrone, in particolare

a) di quelle, che in generale non sono state ancora di alcun padrone.

Omnia animalia, quæ terra, mari, cœlo capiuntur, capientium fiunt. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si id providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur. L. 1, § 1. L. 3 pr. § 1, D. h. t. 1, 41, 1.

b) Come *res pro derelicto habitæ* sono oggetto di appropriazione quelle cose, il cui possesso è stato abbandonato dal loro proprietario con l'animo di spogliarsi del dominio: era disputato se il dominio del derelinquente cessasse immantinente o soltanto col passaggio nell'occupante.

Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostræ, quibus adquiruntur.

Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere. Sed Proculus, non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit; Julianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit; et recte. L. 1, 2 D. pro derel. 41, 7.

c) Come *res hostilis* cade in potere dell'occupante la proprietà nemica, che si trova nel territorio romano, non così il bottino di guerra,

che spetta allo Stato; però, tanto nel primo caso, quanto, per certe cose, anche in quello della preda, ha luogo il *jus postliminii*.

Item quæ ex hostibus capiuntur statim capientium fiunt. L. 5, § 7, D. h. t.

2) Mediante la tradizione si acquista il dominio (però nelle *res mancipi* non il quiritario) quando essa viene fatta dall'attuale proprietario, capace di disporre della sua proprietà, o dal suo rappresentate, ed avviene a scopo di trattazione di dominio o proviene da una causa, che in sè contiene l'intenzione di trasfer-re il dominio (*justa causa traditionis*); se questa causa è la compera, il dominio si acquista allorchè il prezzo vien pagato o si è rinunziato al pagamento immediato di esso. Poichè da parte del tradente l'atto della tradizione è, in sostanza, una concessione dell'acquisto, essa può esser fatta anche di fronte a più persone in guisa che divenga proprietario quegli fra esse, che prima degli altri prende possesso della cosa (*traditio in incertam personam*).

Hoc quoque res, quæ traditione nostræ fiunt jure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem tuam in alium transferre, ratam haberi. L. 9, § 3, D. h. t.

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur. L. 31, pr. eod.

Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, ut ecce qui missilia jactat in vulgus: ignorat enim quid eorum quisque excepturus sit, et tamen, quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit. L. 9, § 7 eod.

III. — Atti civili che fondano la proprietà, dei quali l'efficacia non deriva dall'acquisto del possesso, ma, o da un'autorizzazione speciale della volontà pubblica, o da una particolare e pubblica forma della manifestazione di volontà privata, sono:

1) L'attribuzione della proprietà dello Stato, cioè, oltre all'assegnazione di terre (*assignatio*), specialmente l'attribuzione (*addictio*) delle cose predate in guerra alienate colla *venditio sub hasta*.

2) Il riconoscimento giudiziale (*adiudicatio*) nei giudizi di divisione.

Adiudicatione dominium nanciscimur per formulam familiæ herciscundæ, quæ locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo,

cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quæ est inter vicinos; nam si judex uni ex heredibus aut sociis, aut vicinis, rem aliquam adjudicaverit, statim illi adquiritur sive mancipi sive nec mancipi sit. Ulp. XIX, 6.

3) Il proprietario poteva spogliarsi del dominio di qualunque cosa nella forma della *in jure cessio,* nella quale si astraeva da qualunque *causa,* e dalla *res mancipi* colla *mancipatio*, la quale pure, diventando una *venditio imaginaria,* non fu più dipendente dalla *causa venditionis* fondata con la sua forma. Nella loro applicazione alle cose mobili l'una e l'altra forma richiedevano la presenza della cosa alienata, toccando la quale l'acquirente affermava la sua signoria sulla cosa.

Est autem mancipatio imaginaria quædam venditio, quod et ipsum proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et præterea alio ejusdem condicionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipia accipit, rem tenens ita dicit: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emptus esto hoc ære æneaque libra;* deinde ære percutit libram idque æs dat ei, a quo mancipio accipit quasi prætii loco. — In eo solo prædiorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personæ serviles et liberæ, item animalia quæ mancipi sunt, nisi in præsentia sint mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur; prædia vero in absentia solent mancipari. Gai I, § 119, 121.

In jure cessio communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi; quæ fit per tres personas, in jure cedentis, vindicantis, addicentis: — in jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit prætor. Ulp. XIX, 9, 10.

IV. — Un'*acquisitio civilis* fondata sul possesso e che perfeziona un acquisto non completo, è la usucapione (*usucapio*).

Usu capio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. L. 3, D. h. t. 41, 3.

Essa richiede:

A) *Bonæ fidei possessio*, cioè un acquisto del possesso, che si

fondi su una *justa causa possessionis* o un *justus titulus usucapionis* e rispetto al quale l'acquirente era in *bona fide*, vale a dire non si rese colpevole di nessuna disonestà contro il proprietario.

1) *Justa causa* è una causa d'acquisto, la quale non ha dato luogo ad una proprietà *ex jure Quiritium*, soltanto perchè quella volontà, sulla cui concessione si fonda l'acquisto, non aveva il potere di disporre del dominio quiritario. Ciò avviene:

a) Quando colui, sul cui atto di disposizione l'acquisto si fonda o immediatamente o (come appropriazione di cosa abbandonata da altri) mediatamente, non aveva la capacità di disporre della cosa. Astraendo da questa mancanza della facoltà giuridica richiesta per la disposizione, la causa di acquisto, per esistere come *justa causa*, deve essere tale che esista effettivamente in diritto *(verus titulus)*, per esempio, una donazione giuridicamente valida *(pro donato)*, un legato valido per la forma *(pro legato)*, una compera adatta ad essere causa d'acquisto del dominio, cioè congiunta col pagamento o colla dilazione del prezzo *(pro emptore)*. Però basta un così detto titolo putativo, in certi casi, nei quali vi è l'esterna apparenza di una *justa causa*, mentre essa non esiste validamente in diritto, per cagioni che l'acquirente non poteva conoscere.

b) Se il solo *jus honorarium* riconosce l'acquisto come acquisto del dominio, sia perchè l'*auctor* dell'acquirente era soltanto proprietario per diritto pretorio, sia perchè la causa o la forma dell'acquisto non è riconosciuta dal *jus civile*, mediante l'usucapione si aggiunge la proprietà civile alla pretoria fondata coll'acquisto.

Celsus libro XXXIV errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque bona fide adeptus fit possessionem, pro suo usucapere cum posse, nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit; quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio nulla dos nullum legatum sit. L. 27. D. h. t.

Si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit i. e. et in bonis et ex jure Quiritium tua res esse ac si ea mancipata vel in jure cessa esset.

Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quæ non a domino nobis traditæ fuerint, sive mancipi sint eæ res sive nec mancipi, si modo

eas bona fide acceperimus cum crederemus eum qui traderet dominum esse. Gai II, § 41, 43.

2) In contrapposto al requisito positivo ed obbiettivo della causa d'acquisto il requisito della *bona fides* o della coscienza onesta circa l'acquisto è negativo e subiettivo: mentre il suo riscontro si capisce da sè, quando l'acquisto soddisfa a tutte le condizioni richieste per la nascita della proprietà pretoria, nel caso della mancante capacità di disporre (1, *b.*) esso, di regola, ha per condizione la non conoscenza della mancanza, che esclude l'immediato acquisto del dominio. La *bona fides*, ossia la coscienza di non fare, appropriandosi la cosa, alcuna ingiuria al suo proprietario, deve essere nell'acquirente al momento dell'appropriazione o dell'acquisto del possesso, nel caso speciale della compra anche al momento della conclusione del contratto di compera.

Pro emptore possidet, qui revera emit; nec sufficit tantum in ea opinione esse eum ut putet, se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis. Si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo et si putem me vendidisse et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus: sic denique, si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si cum traditur mihi, existimem illius esse, at in emtione et illud tempus inspicitur quo contrahitur, igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse. L. 2, pr. D. pro emt. 41, 4.

3) In certi casi non vi abbisogna di alcuna causa giuridica, così
a) nella *pro herede usucapio* (§ 97, II);
b) nell'*usu receptio* (§ 62, II).

B) Il possesso acquistato nel modo stabilito apporta il dominio mediante la sua durata, non interrotta, di un anno per le cose mobili, di un biennio per le immobili. La usucapione interrotta per la perdita del possesso (*interruptio possessionis* ossia *usurpatio*) non può esser proseguita, ma soltanto ricominciata. La *usucapio*, cominciata in vita da un defunto, prosegue nella persona dell'erede (*successio in usucapionem*), anche senza prendere possesso della cosa, sulla cosa che si trova nell'eredità e non è passata nel possesso altrui: invece, nel caso di traslazione contrattuale, s'introdusse soltanto graduata-

mente l'uso di computare il possesso non interrotto dell'*auctor* insieme con quello del *successor* (*accessio possessionis*).

Mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et ædium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est. Gai II, 42.

Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore res a nullo possessa est. L. 20, D. h. t.

Inter venditorem quoque et emptorem conjungi tempora divus Severus et Antoninus rescripserunt. § 13, J. eod. 2, 6.

C) Sottratte all'usucapione sono:

1) le *res furtivæ* e *vi possessæ*, cioè quelle cose, che sono state tolte al primitivo possessore col furto, o, se trattasi di fondi, colla violenza e non sono tornate di nuovo in potestà del proprietario.

Sed aliquando etiam si maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi unquam procedit usucapio, velut si qui rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam Lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam Lex Julia et Plautia. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit. Gai II, § 45. 50.

2) In forza di un privilegio non è usucapibile la proprietà dello Stato e del *princeps*.

L'*jus honorarium*, applicando il principio alla proprietà dei fondi provinciali sottratti all'usucapio come *acquisitio civilis*, difendeva il *bonæ fidei possessor* contro il proprietario con una *præscriptio* o *exceptio longi temporis*, quando il possesso aveva durato dieci anni, se ambedue le parti abitavano nella stessa provincia (*inter præsentes*), o venti anni, se dimoravano in provincie diverse (*inter absentes*). Giustiniano fuse la *longi temporis præscriptio* con la *usucapio* per modo che, per le cose immobili, dovesse valere d'allora innanzi, in generale, il tempo di quella, mentre estese a tre anni il tempo necessario ad usucapire le cose mobili. A questa usucapione ordinaria del Diritto Giustinianeo, egli poi, per quelle cose sottratte ad essa, fra le quali, oltre le cose non suscettibili di usucapione, si comprendevano anche le cose dei minori, fino allora sottratte alla *longi temporis præscriptio*, aggiunse anche una usucapione straordinaria, i cui requi-

siti, oltre la *bonæ fidei possessio*, sono quelli della prescrizione delle azioni.

Constitutionem....... promulgavimus qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter præsentes decennio, inter absentis viginti annis) usucapiuntur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quœ nostro imperio gubernatur, dominium rerum, justa causa possessionis præcedente, adquiratur. pr. J. h. h. 2, 6.

Si quis emtionis, vel donationis vel alterius cujuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possiderit et longi temporis preceptionem contra dominus ejus..... sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges si quis ea recte inspexerit, sanciebant. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cujus dominus exceptiones triginta vel quadraginta annorum expulsus est, prædictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei præstari censemus, ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti præsidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur. L. 8, C. de pr. 30 a. 7, 39.

V. — Modificazioni di cose che apportano variazioni nella proprietà sono la congiunzione di più cose e la nascita di nuove cose da altre.

A) Per la congiunzione di più cose nascono i seguenti effetti:

1) Dalla confusione di materie diverse in una sola cosa (*confusio*) nasce un condominio in rapporto al valore. Si deve distinguere dalla confusione la semplice mescolanza (*commixtio*), mediante la quale veramente le singole cose non cessano di avere un'esistenza a sè, ma la loro individuale distinzione dalle cose con loro mescolate si rende impossibile. Mentre la mescolanza del denaro altrui col proprio rende proprio anche quello, invece la commistione di altri oggetti, quando avviene per un accordo dei proprietarii, produce un condominio; altrimenti essa obbliga il possessore delle cose fra loro mischiate alla restituzione della quota corrispondente.

Si duorum materiæ..... confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est. — Quodsi frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, ex consensu

vestro communicata sunt. Quodsi casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum quam grex communis esse intelligitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint; sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut is æstimet, quale cuiusque frumentum fuerit. § 27, 28, J. de rer. div. 2, 1.

Si nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est. L. 78 D. de sol. 46, 3.

2) Se una cosa è unita ad un'altra come *accessio* di essa, per tutta la durata dell'unione il suo possesso e la sua proprietà si compenetrano e si sottopongono a quello dell'altra. — Se la cosa divenuta *accessio* di un'altra ha perduto per sempre la sua anteriore esistenza, anche il suo dominio è naturalmente estinto per sempre; se invece quella, per lo scioglimento dell'unione, rivive, rivivono anche sulla cosa, che ritorna ad esistere, i diritti, che l'avevano investita fino a che si effettuò la congiunzione testè risoluta. — L'unione di una cosa con un fondo nel caso della piantagione è tale, che distrugge irrevocabilmente la anteriore esistenza della cosa; invece nella *inædificatio* il *tignum junctum* perde la sua esistenza anteriore solo per il tempo in cui rimane congiunto all'edificio. Mentre però, in forza di una particolare disposizione delle XII tavole, l'anteriore proprietario del *tignum junctum* doveva contentarsi dell'azione per il doppio valore del *tignum* invece di richiedere la sua separazione dall'edifizio, il proprietario primitivo della cosa mobile congiunta con un'altra, ha la facoltà di chiedere, mercè un'*actio ad exibendum*, l'esibizione della cosa, ciò che lo pone in grado di ottenere la separazione della cosa propria dall'altrui e perciò di far rivivere la sua proprietà.

Arbor radicibus emta et in alieno solo posita, priusquam coaluerit, prioris domini est: ubi coaluit, agro cedit; et si rursus emta sit, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile est, alio terræ alimento aliam factam L. 2, 6, § 1, D. de adq. rer. dom. 41, 1.

Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum ædibus, vel vineis junctum neque vindicare; quod providenter lex effecit, ne vel ædi-

ficia sub hoc prætextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur; sed in eum, qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem. L. 1, pr. D. de tign. juncto, 47, 3.

Si quis rei suæ alienam rem ita adiecerit, ut pars ejus fieret, veluti si quis statuæ suæ brachium aut pedem alienum adiecerit, aut scypho ausam vel fundum vel candelabro sigillum, aut mensæ pedem, dominum ejus totius rei effici... plerique recte dicunt. L. 1, pr. D. de tign. junct, 47, 3.

Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exibendum agi potest. L. 6, D. ad exib. 10, 4.

B) Se da una cosa si fanno più cose, sulle cose nuove, che vengono ad esistere per la divisione, continuano quei rapporti giuridici, che colpivano la cosa, di cui esse formavano parte — A questo principio si hanno però eccezioni nel caso della separazione di un *fructus*, poichè questo, in relazione alla cosa fruttifera, non è un frammento di essa, che viene ad esistere come cosa distinta, ma è una cosa nuova da quella prodotta, la cui separazione non altera la sostanza della cosa fruttifera. Mentre, in generale, la proprietà del *fructus*, come prodotto della cosa fruttifera, si determina secondo la proprietà di quest' ultima, essa può nascere ancora in forza di un diritto minore sulla cosa fruttifera nella persona del *bonæ fidei possessor* o di colui, che ha sulla cosa altrui un diritto alla appropriazione del *fructus*. — Mentre però il fruttuario acquista la proprietà dei frutti mediante la percezione o apprensione di possesso, invece l'*emphyteuta* e il *bonæ fidei possessor* l'acquistano mediante la separazione. Peraltro la proprietà del *bonæ fidei possessor* non esclude l'obbligo all'eventuale restituzione dei frutti, e quest'obbligo sussiste, di fronte al proprietario della cosa fruttifera, come un allargamento dell'obbligazione di restituire la cosa stessa; perciò il proprietario può richiedere al *bonæ fidei possessor*, insieme con la cosa, anche i *fructus extantes* o i frutti che si trovano ancora nel suo possesso.

In alieno fundo, quem Titius bonæ fide mercatus fuerat, frumentum sevi; an Titius bonæ fidei emptor perceptos fructus suos faciat?..... Respondi... in fructibus magis corporis jus ex quo percipiuntur, quam seminis ex quo oriuntur, aspicitur; et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. Porro bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominus prædiorum tributum est... cum fructuarii quidem non fiant,

antequam ab eo percipiantur, ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. L. 25, § 1, D. de us. et fruct. 22, 1.

C) Il cangiamento di forma di una cosa ha importanza giuridica, come riduzione di una materia in una cosa nuova mediante il lavoro (così detta *specificazione*). Poichè la nuova cosa deve l'essere suo, da un lato, alla materia lavorata, e dall'altro, al lavoro, mediante il quale viene trasformata la materia, nacque fra i Sabiniani ed i Proculiani la disputa se proprietario della nuova cosa fosse il proprietario della materia o colui, pel cui fatto o in cui nome era avvenuta la trasformazione. Giustiniano ha risoluta la controversia, stabilendo che la proprietà dello specificatore abbia per condizione la impossibilità del ritorno della materia trasformata nel suo aspetto primitivo, ove però la materia stessa non fosse stata, almeno in parte, proprietà dell'artefice.

Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant; i. e. ut, cujus materia sit, illius et res quæ facta sit, videatur esse; idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero ejus rem esse putant qui fecerit idque maxime diversæ scholæ auctoribus visum est. Gai III, 79.

Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius qui materiæ dominus fuerit: ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis, vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel ære vas aliquod fecerit, aut ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex alienis medicamentis emplastrum aut collyrium composuerit, vel aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intellegi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam æris vel argenti vel auri reduci, vinum autem vel oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui

fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejus materiæ præstaverit. § 25, J. de rer. div.

VI. — All'origine del dominio su nuove cose è simile l'origine della proprietà su quelle cose, che giuridicamente sono equiparate alle cose nuove, perchè, o sono nuovamente trovate, o diventano ora primieramente obietto di diritti privati.

Ciò avviene nei casi seguenti:

1) Il tesoro (*thesaurus*), rinvenuto in un fondo, è proprietà comune del proprietario del fondo e dell'inventore.

Thesaurus est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit; alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel motus, vel custodiæ condiderit sub terra non est thesaurus, L. 31, § 1, D. h. t.

Thesaurus quod quis in suo loco invenerit, D. Hadrianus naturalem æquitatem secutus ei concessit qui invenerit..... at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuita invenerit, dimidium domino soli concessit, § 39, J. de rer. div.

2) La proprietà del letto di un fiume pubblico disseccato in tutto (nel caso dell'*alveus derelictus*) o in parte (nel caso dell'*insula in flumine nata*) spetta ai proprietari dei fondi rivieraschi, per modo che ciascuna parte del terreno disseccato si considera accrescimento del fondo, che gli è più prossimo. Mediante un immediato aumento del suo oggetto segue invece una dilatazione della proprietà del fondo nel caso dell'*alluvio*, o terra portata dalle acque al nostro fondo.

Quod per alluvionem agro nostro flumen adiicit, jure gentium nobis adquiritur; per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possimus quantum quoquo momento temporis adiiciatur. Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et meo prædio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse. Insula quæ in mari nascitur, quod raro accidit, occupantis fit, nullius enim esse creditur; in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident: pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ latitudo prope ripam sit; quodsi alteri pars proximior sit, eorum est tantum

qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quodsi toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est qui prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii quæ latitudo prope ripam sit; novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium. L. 7, § 1, 3, 5, D. h. t.

VII. — Si hanno esempi di dominio attribuito per legge ai pubblicani per cagione di frodo, ai comproprietari di un edifizio perchè non furono rimborsate le spese di ricostruzione, come pure, nel quarto periodo, al coltivatore dell'*ager desertus*, che avesse pagata l'imposta fondiaria.

C. AZIONI.

§ 55.

I. — Il diritto di possesso si fa valere:

1) Contro chi impugna o turba il possesso, mediante gli *interdicta retinendæ possessionis*.

2) Contro chi ha tolto il possesso, mediante gli *interdicta recuperandae possessionis*.

II. — La proprietà si fa valere:

1) Contro il possessore, con la *rei vindicatio*.

2) Il proprietario, con la negatoria in *rem actio*, fa riconoscere la libertà del suo diritto, dalla limitazione stabilita per l'affermazione o pel fatto di un terzo.

3) Con l'*actio finium regundorum* si stabilisce, di fronte ai proprietari limitrofi, l'estensione della proprietà dei fondi.

Nel caso della proprietà pretoria e relativa, a cui non applicasi la *rei vindicatio*, che spetta al *jus civile*, si concede una *utilis rei vindicatio* e la *Publiciana in rem actio*.

III. — Per impedire i danni minacciati da un fondo, e le costruzioni sui fondi, che apporterebbero lesione al suo diritto, colui che è minacciato ha:

1) Per evitare il danneggiamento della cosa, la *postulatio damni infecti* e l'*actio pluviæ arcendæ*.

2) Per evitare la lesione del diritto, la facoltà della proibizione (*prohibitio* e *novi operis nunciatio*).

1. *Azioni possessorie.*

§. 56.

I. — I Romani chiamavano *possessoria interdicta* tutti quelli che avevano per oggetto o il conseguimento di un possesso o il mantenimento in un possesso. Poichè però i primi erano talora diretti ad un acquisto primitivo del possesso, talora a ricuperare un possesso perduto, si contrappongono agli interdetti proibitorii *retinendæ possessionis*, gli *interdicta adipiscendæ* e *recuperandæ possessionis*, come due classi fra loro opposte di interdetti restitutori. Però azioni possessorie, nel senso di azioni che si fondino sopra un possesso, sono soltanto quelle che hanno per oggetto o il riconoscimento e la sicurezza di un possesso esistente o la restituzione di un possesso sottratto.

II. — Il riconoscimento e la sicurezza di un possesso, che dall'avversario è disputato con l'affermazione di un possesso proprio, ovvero posto in pericolo mediante turbative di fatto, formano lo scopo degli *interdicta retinendæ possessionis*, cioè dell'*interdictum uti possidetis*, applicabile ai fondi, e dell'*interdictum utrubi* relativo alle cose mobili. — Essi, come *interdicta duplicia*, hanno per oggetto la controversia quale delle due parti debba, di fronte all'altra, essere riconosciuta come possessore ed essere difesa. Per la soluzione di questa controversia non è però decisivo il solo stato attuale del possesso; ma bensì, in rapporto all'avversario:

1) Viene considerato come possessore di una cosa mobile colui che durante l'ultimo anno l'ha posseduta più a lungo che l'altro. Per questo viene computato col proprio possesso anche il possesso, congiunto con quello senza interruzione, di colui, sulla successione del quale si fonda il proprio acquisto. Gaio IV, 150-152. Però nel Diritto giustinianeo, per l'*interdictum utrubi*, sono richieste semplicemente le condizioni dell'*interdictum uti possidetis*, sicchè fra i due non vi è più che una differenza di nome.

2) Mentre, in generale, nulla interessa il modo di acquisto del possesso, di fronte all'avversario non ha valore giuridico, come *possessio vitiosa*, quel possesso che ad esso fu tolto o contro la sua volontà (*vi*), o a sua insaputa (*clam*) o che da lui stesso è concesso revo-

cabile a volontà (*precario*); un cangiamento di possesso, avvenuto in tal guisa, non si prende in considerazione nella controversia su quella delle due parti cui debba attribuirsi il possesso.

Se di fronte all'azione di una parte l'altra non solleva la pretesa che venga ad essa riconosciuto il possesso, ovvero tralascia una di quelle formalità processuali, che ad essa spettano per il proseguimento ulteriore della controversia intorno al possesso, sorge contro di essa un *interdictum secundarium unilaterale* in luogo dell'*interdictum duplex*, che per ciò si rende vano.

Prætor ait: *Utrubi hic homo quo de agitur, majore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.* Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim ejus exæquatam fuisse. Uti possidetis interdicto, quod de rerum soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. L. un. D. utrubi, 43, 31.

Ait Prætor: *Uti eas ædes: quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto. Intra annum quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* Hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem prætor in soli possessione habeat; et est prohibitorium ad retinendam possessionem. — Quod ait prætor in interdicto, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere; has enim possessiones non debere proficere palam est. L. 1, pr. § 1, 9. D. uti poss., 43, 17.

Prætor....... comparavit interdicta, quæ secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur; quorum vis et potestas hæc est, ut qui cetera ex interdicto non faciat..... sive possideat restituat adversario possessionem, sive non possideat vim illi possidenti ne faciat. Gai IV, 170.

III. — *Interdicta recuperandæ possessionis* sono:

1) L'*interdictum de vi* o *unde vi*. — Esso spetta a chi fu spogliato del possesso del fondo mediante *vis atrox*, cioè con minaccia o effettuazione di personale violenza, contro il *deiciente*, ed esercitato *intra annum utilem*, porta la reintegrazione nel suo possesso e il completo risarcimento del danno cagionato dalla deiezione. L'*exceptio vitiosæ possessionis* non ha qui luogo nel caso della *vis armata* e, per diritto giustinianeo, generalmente.

Prætor ait: *Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo, quæque ille tunc ibi habuit, tantum modo intra annum; post annum de eo quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, judicium dabo.* Hoc interdictum proponitur ei, qui vi deiectus est; etenim fuit æquissimum, vi deiecto subvenire. — Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos qui de possessione deiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum et ad eos tantum, qui de solo deiciuntur, utputa de fundo sive ædificio; ad alium autem non pertinet. — Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam est eum vi deiectum videri. Idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum prædium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur; ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore. — Qui vi deiectus est, quidquid damni senserit ob hoc, quod deiectus est, recuperare debet; pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus. L. 1, pr. § 1, 3, 24, 31 D. h. t. 43, 16.

2) Mentre l'*interdictum de vi* non ha per condizione un possesso proprio del convenuto, invece il *precario dans* ha l'*interdictum de precario* contro il *precario accipiens,* quale possessore soltanto per volontà sua, che perciò non può mantenersi in possesso contro la volontà dell'attore o estinguere un diritto di revoca collo spogliarsi dolosamente del possesso.

Ait prætor: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Hoc interdictum restitutorium est. Et naturalem habet in se æquitatem; namque precario revocare volenti competit. Est enim natura æquum, tamdiu de liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. L. 2, pr. § 1, 2. D. h. t., 43, 26.

2. *Azioni di proprietà.*

§ 57.

I. — La *rei vindicatio* è la richiesta del possesso in forza della proprietà.

A) Essa ha per requisito:

1) La proprietà dell'attore, la cui esistenza egli deve perciò pro-

vare, dimostrando che nella persona sua o in quella di colui, dal quale egli deriva il suo diritto, vi è una causa *originaria* di acquisto della proprietà.

2) Come richiesta del possesso la *rei vindicatio* si dirige contro chiunque è di fatto in grado di consegnarlo, quindi non solo contro il possessore giuridico, ma anche contro qualunque *detentore*. Chi però rappresenta un terzo nel possesso di un fondo, deve, per una ordinanza di Costantino, provocare dal magistrato, mediante la *nominatio seu laudatio actoris*, la chiamata del possessore a prendere parte nel processo; se questi non obbedisce alla chiamata, il possesso è attribuito all'attore.

Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat. — Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quæ locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique si ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit..... quia hi omnes non possident, vindicare non posse. Puto autem, ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. L. 9. D. h. t. 6, 1.

Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare, ut..... actoris intentiones excipiat. Si vero.... minime hoc quod dispositum est facere maluerit, judex..... utpote domino possessionis nec post hujusmodi humanitatem sui præsentiam faciente edictis legitimis proponendis eum citare curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absenti de principali questione servata. L. 2, C. ubi in rem 3, 19.

3) Talora senza proprietà dell'attore, talora senza un possesso proprio il convenuto colla *rei vindicatio*, è obbligato a cagione della sua contumacia o del suo *dolus*.

a) Se egli nega il possesso o non assume in modo conveniente la *defensio*, si dà contro di lui senza più un *interdictum* per togliergli il possesso, il quale interdetto peraltro, non avendo per condizione la proprietà dell'attore, non decide la controversia sulla proprietà. A ciò, in applicazione ai fondi, serve l'*interdictum quem fundum*.

Quædam etiam interdicta sunt tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis, qualia sunt interdicta QUEM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM. Nam

si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi, sive ante possedi, deinde amisi possessionem. Ulp. Inst. (1) 2, 1.

In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit. L. 80, D. h. t.

b) Come il possessore effettivo, è sottoposto alla rivendicazione come *fictus possessor* chi dolosamente o si è esposto ad essa, spacciandosi per possessore (*qui liti se obtulit*), o ha ceduto ad altri il possesso per sottrarsi alla rivendicazione (*qui dolo desiit possidere*).

Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus, libro quarto Digestorum scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum, qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat, omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. L. 13, § 13 D. de her. pet. 5, 3.

Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est. L. 131, D. de R. J. 50, 17.

B) Si ha un *exceptio* contro la rivendicazione:

1) A causa di un diritto reale diretto alla detenzione o di un possesso derivante da alienazione fatta dall'attore o dal suo autore. A quest'ultima causa si riferisce l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, che trova, per analogia, applicazione ad altre cause di acquisto: in particolare, nel caso di una alienazione di *res mancipi*, effettuata colla sola *traditio*, tale *exceptio* spettava all'acquirente e ai suoi successori contro il proprietario quiritario. Invece il vincolo obbligatorio dell'attore di lasciare la detenzione al convenuto che possedeva nel di lui nome, non attribuiva alcuna eccezione contro la *rei vindicatio*.

Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte te repellendum. — Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum. L. 1 pr. D. exc. r. vend. et trad. 21, 3.

Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit. — Dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi

(1) Di quest'opera si conservano nell'originale singoli frammenti in alcune striscie di papiro presso la Biblioteca di Vienna.

volentem prohibuisset, an emtorem, cui jussisset dominus tradi possessionem non admisit. Igitur... locatori obstrictum fore. L. 12 D. de vi 43, 16.

2) Dà luogo ad un'*exceptio doli* la rinunzia dell'attore di risarcire al convenuto le spese fatte per mantenere la cosa in buono stato (*impensæ necessariæ*) e, se il convenuto possedeva in buona fede, anche le spese da lui fatte per la cosa, in quanto ne è cresciuta la rendita (*impensæ utiles*); quanto alle *impensæ voluptuariæ* qualunque possessore ha soltanto il *jus tollendi*, che spetta anche al possessore di mala fede per tutte le spese non necessàrie. Il proprietario può compensare il miglioramento fatto nella cosa dal *bonæ fidei possessor* col guadagno dei frutti.

Impensæ necessariæ sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. — Voluptuariæ sunt, quæ speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridia, et aquæ salientes, incrustationes, loricationes, picturæ. L. 79, pr. § 2 D. de V. S. 50, 16.

Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior *(res)* non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. Ulp. VI, 16.

Sumtus in prædium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti....... exceptione doli posita per officium judicis æquitatis ratione servantur. L. 45, D. h. t.

C) Il rivendicante domanda:

1) Il riconoscimento della sua proprietà e;

2) La restituzione del possesso della cosa *cum omni causa,* cioè insieme alla consegna di tutti i guadagni, che il convenuto — se *bonæ fidei possessor,* dopo la *litis contestatio* — ha ritratti dal possesso della cosa o ha perduti per la sua negligenza a ritrarli. Mentre il *bonæ fidei possessor* deve restituire i guadagni del possesso acquistati innanzi il processo, soltanto come *fructus extantes* (§ 54 V. B), invece il *malæ fidei possessor* deve, oltre a restituire i guadagni a lui pervenuti per mezzo della cosa, anche risarcire tutti quei guadagni, che l'attore avrebbe potuto ricavare, a partire dalla *litis contestatio,* dal possesso, che quegli, contro il diritto, riteneva.

Non sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur. L. 20, D. h. t.

Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat ani-

madverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset; quam sententiam Julianus quoque probat. L. 62, § 1 D. h. t.

3) L'attore chiede il risarcimento, quando, per colpa del convenuto, non avviene la restituzione. Mentre però il *bonæ fidei possessor*, che, di fronte alla rivendicazione, crede nel suo diritto, può trovarsi in colpa soltanto dal principio del processo in poi, giacchè solo a partire da quel momento egli deve prestare all'attore la *diligentia diligentis* circa alla cosa pel caso che egli non vi abbia diritto, invece il *malæ fidei possessor* dal momento dell'apertura del processo in poi è già in colpa, perchè indugia all'attore la soddisfazione richiesta, per la qual cagione, d'allora in poi, egli non è più liberato, neanche se la impossibilità della restituzione sia dovuta al caso. Nel caso di un *dolus* del convenuto, l'attore può determinare egli stesso la somma a lui dovuta per risarcimento mediante una estimazione corroborata dal giuramento (*jusjurandum in litem*). — Qui però, il ricevimento del compenso, da parte dell'attore, non vale come abbandono della proprietà o dell'azione del dominio, come nel caso dell'obbligazione di risarcimento non derivante dal dolo.

Si vero non possit restituere, si quidem dolo fecit, quominus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quominus possit, non pluris quam quanti res est, i. e. quanti adversarii interfuit, condemnandus est. L. 68, D. h. t.

II. — La *negatoria in rem actio* afferma la libertà, disputata o turbata, della proprietà da una determinata limitazione di fronte a colui che stabilisce tale limitazione, o affermando un proprio diritto sulla cosa, o usando di fatto della cosa in un modo permesso solo in forza di un tal diritto. Anche qui l'attore deve provare solamente la proprietà: poichè questa autorizza ad escludere chiunque non ha un diritto sulla cosa, deve cedere al proprietario chiunque non può provare un proprio diritto sulla cosa stessa. Oggetto dell'azione è la negazione giuridica e l'esclusione di fatto della limitazione controversa.

Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum: dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi

jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur quam alieno, cum invito se negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. L. 5, D. si usus fr. 7, 6.

Egi jus illi non esse tigna in parietem meam immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi, judicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat. L. 12 D. si serv. 8, 5.

III. — La *Publiciana in rem actio* è una *utilis in rei vindicatio* fondata sopra la finzione di un'usucapione compiuta; essa spetta perciò a colui che non è veramente proprietario quiritario, ma lo sarebbe, se avesse mantenuto il possesso, da lui acquistato, per tutto il tempo richiesto ad usucapire. — Il diritto sulla cosa, che si fa valere colla *Publiciana*, è:

1) Talora il dominio pretorio, in forza del quale all'attore, contro l'*exceptio justi dominii* del proprietario quiritario, spetta una *replicatio* (specialmente quella *rei venditæ et traditæ*); talaltra;

2) È soltanto una proprietà relativa, la quale non solo non può affermarsi contro il dominio effettivo quiritario o pretorio, ma non può nemmeno essere preferita al possesso di un *bonæ fidei possessor*, che ha eguali diritti.

Datur autem hæc actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usu cepit... nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere fingitur rem usucepisse et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset intendit hoc modo: *Iudex esto si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret* et reliqua. Gai IV, § 36.

In Publiciana actione omnia eadem erunt, quæ et in rei vindicatione diximus. L. 7, § 8, D. h. t. 6, 2.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur; ejusque rei argumento est primo æquitas, deinde exceptio si ea res possessores non sit. L. 17 eod.

IV. — Mediante l'*actio finium regundorum*, il proprietario fa rispettare l'estensione del suo terreno di fronte al possessore di un terreno limitrofo: essa perciò è diretta a uno stabilimento di confini per mezzo del giudice; eventualmente però, quando il confine attuale

è sparito o vi è il pericolo che sparisca, allo stabilimento di un nuovo confine (mediante *adjudicatio*) e alla condanna di colui, che per ciò guadagna, a compensare l'avversario. Doveva distinguersi dalla controversia *de fine*, che si limitava alla larghezza di cinque piedi ed era da decidersi con criteri tecnici, la controversia *de loco*, che si decideva coi principii del diritto. Nel diritto novissimo decidono generalmente le regole del diritto, escluso peraltro il riferirsi ad una prescrizione minore di 30 anni.

Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. L. 1, D. h. t. 10, 1.

Hoc judicium locum habet in confinio prædiorum moticorum, urbanorum displicuit. L. 4, § 10 eod.

Judici finium regundorum permittitur, ut ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversia dirimat et si forte veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per adjudicationem et condemnationem. L. 2, § 1, eod.

3. *Impedimento di lesione minacciata.*

§ 58.

I. — Contro il minacciato danneggiamento di un fondo:

1) Si accorda la domanda di una *cautio damni infecti*, alla quale autorizza un pericolo minacciato da un *vitium* del fondo o di una costruzione su di esso innalzata: se viene ricusata la promessa di un eventuale risarcimento di danni, ne segue la *missio in possessionem*, da prima solamente *custodiæ causa*, in fine però colla *missio in possessionem ex secundo decreto* l'attribuzione della proprietà (pretoria) al vicino minacciato.

Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum ceteræ actiones ad damna, quæ contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliæ actione et aliis; de damno vero facto nihil edicto cavetur; cum enim animalia, quæ noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxæ ea dedamus, multo magis ea, quæ anima carent, ultra nos non debent onerare, præsertim cum res quidem animales, quæ damnum dederint, ipsæ extent, ædes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare. L. 7, § 1, D. de damno inf. 39, 2.

2) Per proibire una costruzione, che modificherebbe il corso delle acque piovane, il proprietario di un *prædium rusticum*, che per essa è minacciato di un danno, ha l'*actio pluviæ arcendæ*.

Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquæ pluviæ arcendæ avertetur aqua. Aquam pluviam dicimus, quæ de cœlo cadit atque imbre excrescit, sive per se hæc aqua cœlestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit. Hæc autem actio locum habet, in damno nondum facto, opere tamen jam facto, hoc est de opere ex quo damnum timetur; totiesque locum habet, quoties manu facto opere aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Quodsi natura aqua noceret ea actione non continuetur. L. 1, pr., § 1, D. de aq. pl. 39, 3.

II. — Le costruzioni su fondi e terreni sono impedite:

1) Da chiunque vegga con ciò leso il suo diritto mediante una semplice proibizione (*prohibitio*) coll'effetto che la trasgressione di essa, cui è equiparato il tentativo di sfuggire ad una proibizione prevedibile, celando la costruzione, dà luogo, *intra annum utilem*, a chiedere che tutto venga posto nell'antico stato (*interdictum quod vi aut clam*), a meno che il convenuto offra di sostenere, prestando cauzione, il processo che verrà iniziato dall'avversario.

Prætor ait: *quod vi aut clam factum est, qua de re agitur: id, cum experiendi potestas est, restituas.* — Vi factum videri Quintus Mucius scripsit si quis contra quam prohiberetur fecerit; et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio. — Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere. L. 1, pr. § 5, L. 3, § 7 D. quod vi., 43, 24.

Si quis paratus sit se judicio defendere adversus eos, qui interdicendum putant, ne opus fiat, an videatur desinere vi facere? et magis est, ut desinat, si modo satis offerat et defendere paratus est, si quis agat: et ita Sabinus scribit. L. 3 cit. § 5.

2) Riguardo agli edificii cominciati a costruire qualunque protesta fatta subito sul luogo (*operis novi nuntiatio*) porta la necessità, per sfuggire a un interdetto restitutorio (così detto *i. demolitorium*), di arrestare i lavori finchè sia deciso sul diritto di protesta, che si solleva dal nunciante, o finchè non è garantita, mediante una *satisdatio*,

la rimozione dell'edifizio nel caso dell'esistenza di quel diritto. La *operis novi nunciatio* mantiene:

a) Il dominio del fondo nella sua libertà da una servitù, o nel suo rafforzamento per una servitù, o per una limitazione legale di proprietà.

b) La facoltà dell'uso comune delle cose pubbliche (§ 51. II. B. 2).

c) Essa spetta ancora, per allontanare il danno minacciato, a colui che può chiedere la *cautio damni infecti*.

Hoc edicto promittitur, ut, sive jure, sive injuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is, qui nuntiasset non haberet. — Sed si is, cui opus novum nuntiatum est, ante remissionem ædificaverit, deinde cœperit agere, jus sibi esse ita ædificatum habere, prætor actionem ei negare debet et interdictum in eum de opere restituendo reddere. L. 1 pr. § 7 D. de op. nov. nunt. 39, 1.

Nuntiatio fit juris nostri conservandi causa aut damni depellendi, aut publici juris tuendi gratia. L. 1, § 16, D. eod.

Belle Sextus Pedius definiit, triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem, aut publicam, aut impositiciam; naturalem, cum in nostras ædes quid immittitur, aut ædificatur in nostro; publicam causam, quoties leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemur; impositiciam, cum quis, posteaquam jus suum deminuit alterius auxit, hoc est posteaquam servitutem ædibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

III. I DIRITTI SU COSE ALTRUI.

A. *Servitù e possesso delle servitù.*

I. CONCETTO E SPECIE.

§ 59.

I. — *Servitus* di una cosa è la sua subiezione ad una persona diversa dal suo proprietario. Perciò, secondo il suo significato letterale, la designazione della *servitus* coincide col concetto del *jus in re*, come

designazione dello stato giuridico fondato da questo, in cui si trova l'oggetto suo. Però questa denominazione è rimasta limitata a determinati *jura in re,* i quali si distinguono dagli altri tutti, sia perchè essi sono i soli diritti reali più antichi, riconosciuti dall'antico *jus civile,* sia perchè essi portano seco il carattere di diritti di limitata estensione di fronte alla proprietà, che essi non assorbono, ma limitano solamente, in contrapposto ai diritti di godimento, trasmessibili per eredità, che si accostano moltissimo, per l'estensione, al dominio, e in contrapposto pure al diritto di pegno, che attribuisce un esercizio sopra la stessa proprietà.

La estensione delle servitù, limitata in contrapposto agli altri diritti reali, è ora stretta riguardo al loro contenuto, ora riguardo alla loro durata, poichè la servitù è fondata sulla natura degli interessi, ora locali, ora temporanei, da soddisfarsi mediante essa. — Agli interessi locali, cioè a determinati bisogni singoli di un dato fondo, provvede la *servitus prædii;* ad interessi temporanei, ossia a bisogni che dureranno solo per un certo tempo, perchè cesseranno alla morte dello avente diritto, provvede la *servitus personæ.* Esistendo talora in riguardo di una data cosa, talora in riguardo di una data persona, le servitù si distinguono dagli altri diritti reali per la impossibilità della loro separazione da quella cosa o persona, cioè per la loro intrasmissibilità: invece esse sono contrapposte fra loro a causa della diversa natura del loro legame col loro soggetto. — Mentre la servitù personale appartiene a dirittura a quel dato individuo come tale, la servitù prediale spetta a qualunque proprietario del *prædium dominus,* non tanto pei suoi bisogni individuali, quanto in riguardo della sua proprietà sul fondo, aumentata in forza della servitù; essa serve perciò a bisogni, che, di fronte a quelli personali dell'individuo, sono di estensione ristretta, ma di illimitata durata. Mentre oggetti di servitù prediali sono solamente i fondi, invece il concetto della servitù personale trova applicazione, tanto sulle cose immobili, quanto sulle cose mobili.

Servitutes aut personarum sunt, ut est usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum et urbanorum. L. 1. D. de serv. 8. 2.

Ideo autem hæc servitutes prædiorum appellantur, quoniam sive prædiis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem aquirere vel urbani, vel rustici prædii, nisi qui habet prædium. L. 1, § 1, D. comm. pr. 8, 4.

II. — Le servitù prediali.

A) L'esistenza di una servitù prediale richiede:

1) Un bisogno durevole del *prædium dominans*, cioè di quel fondo, colla cui proprietà la servitù è congiunta. *Servitus fundo utilis esse debet.* — Perciò:

a) Il contenuto della servitù prediale può soltanto essere di tale natura che il suo realizzarsi apporti un vantaggio al fondo stesso o ne aiuti il godimento in conformità della sua destinazione.

b) L'estensione della servitù si determina nel dubbio semplicemente in riguardo ai bisogni del fondo dominante e non può andare più oltre.

c) Nell'esercizio della servitù si devono avere, per i bisogni del proprietario del *prædium serviens*, tutti i riguardi conciliabili con i bisogni del *prædium dominans*.

Quoties nec hominem, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quærere minuendæ aquæ meæ gratia. — Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 15 pr. L. 8 pr. D. h. t.

Si cui via per fundum cujuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem, ire agere licebit, civiliter modo. Nam quædam in sermone tacite excipiuntur, non enim per villam ipsum nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id æque commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. L. 9, D. h. t.

2) Il *prædium serviens*, cioè quel fondo, su cui grava la servitù, deve, per la sua durevole natura, essere atto a soddisfare il bisogno, pel quale sussiste la servitù.

Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent; et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. L. 28, D. de S. P. U. 8, 2.

3) Ha un contenuto soltanto negativo il requisito della vicinanza: cioè l'esistenza di una servitù è esclusa nel caso che i due fondi siano fra loro separati da altri fondi, che impediscono la dominazione del *prædium serviens* nell'interesse del *prædium dominans*.

Neratius ait, nec haustum, nec pecoris appulsum, nec cretæ eximendæ calcisque coquendæ jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. L. 5, § 1, de S. P. R. 8, 3.

B) Si hanno diverse specie di servitù prediali per la diversità dei bisogni, ai quali soddisfano.

1) Il bisogno del *prædium dominans* trova o la sua immediata soddisfazione, mercè un determinato trattamento positivo del *prædium serviens* da parte di chi ha il diritto di servitù, o una sicurezza della sua soddisfazione, in ciò che ogni terzo tralasci di usare del *prædium serviens* in un dato modo. — Perciò la servitù è talora una servitù affermativa, che autorizza l'avente diritto ad una azione propria e obbliga qualunque terzo a tollerare tale azione (*quæ in patiendo consistit*), talora una servitù negativa, che consiste nella pretesa che altri non faccia certi atti (*quæ in non faciendo consistit*).

All'incontro la servitù, come diritto reale, non può avere mai per contenuto la pretesa di prestazioni positive altrui, la quale generalmente non può ammettersi come spettante al proprietario di una cosa, come tale, o contro di esso (*servitus in faciendo consistere nequit*).

Servitutis non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. L. 15, § 1, de serv.

2) Il *prædium dominans*, al cui bisogno soddisfa la servitù, è o un *prædium urbanum* o un *prædium rusticum*. Sebbene la designazione di questo contrapposto, sia tratta dalla diversa collocazione dei fondi, che si trovano ora nella città, ora nella campagna, tuttavia, nel decidere se il fondo abbia il carattere di urbano o di rustico, si ha piuttosto riguardo alla sua destinazione economica, la quale, nei *prædia rustica*, dipende dalla capacità di produzione del terreno e consiste nell'appropriazione dei *fructus* conseguiti mercè la sua coltivazione, mentre l'importanza economica del *prædium urbanum* dipende dalla sua potenza di sopportare costruzioni e perciò consiste segnatamente in ciò che esso sopporta o è destinato a sopportare un edificio. — Sebbene però non si abbia alcuna diversità giuridica per ciò che una servitù nei singoli casi appartenga a un fondo dell'una o dell'altra specie, tuttavia si rannodano diversità giuridiche alla circostanza che in vista del suo contenuto la servitù si mostri rustica

od urbana. — In questo senso sono *rusticæ* tutte quelle servitù, che attribuiscono all'avente diritto una porzione dei frutti del *prædium serviens*, come quelle che soddisfano al bisogno della comunicazione e del trasporto, poichè questo a causa della comune collocazione dei *prædia rustica*, ha d'uopo principalmente per questi di garantire la soddisfazione mediante servitù. Invece, rispetto al loro contenuto, sono *urbanæ* tutte quelle servitù, per le quali l'avente diritto può fare sporgere il suo edifizio oltre i limiti a lui segnati dalla proprietà del vicino, come pure quelle che soddisfano al bisogno, che si verifica particolarmente nella cerchia della città, di prevenire il pregiudizio, che al proprio fondo potrebbe venire dalla vicinanza o dalla natura delle costruzioni inalzate da altri: perciò in particolare sono urbane tutte le servitù negative.

Urbana prædia omnia ædificia accipimus, non solum ea quæ sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis, vel in vicis, vel si prætoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum prædium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in ædii ficii constituti, dicendum est urbanorum appellatione contineri; plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam olitorii, magis hæc non sunt urbana. L. 198, D. de v. s. 50, 16.

C) Dentro i limiti stabiliti mediante il concetto delle servitù prediali, il contenuto delle singole servitù può essere uno qualunque.

1) Fra le servitù rustiche:

a) Sono le più antiche quelle che autorizzano ad un trasporto sul fondo serviente; così il diritto di condurre l'acqua (*aquæductus*) e i diritti di passaggio, cioè il diritto di passare a piedi e a cavallo (*iter*), di passare coi buoi e col carro (*actus*), o della strada libera (*via*).

b) Di poca importanza erano nella vita giuridica romana quelle servitù prediali, che attribuivano una parte dei prodotti del terreno altrui, come il *jus aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, pascendi, cretæ fodiendæ et cretæ eximendæ*.

2) Fra le servitù urbane:

a) Sono negative le servitù *altius non tollendi, ne luminibus officiatur*.

b) Affermative sono le servitù *oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendi, stillicidii*.

c) L'allargamento della proprietà del fondo, cagionato dalla servitù, può anche consistere nella sua liberazione da una limitazione legale esistente in vantaggio della proprietà altrui, sicchè il contenuto di una servitù può anche essere la facoltà di fare sulla propria cosa, certi atti, che sono contrari ad una limitazione legale della proprietà, o di impedire che altri faccia ciò che a lui concederebbe una limitazione legale della proprietà.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter actus via aquæductus. Iter est jus eundi ambulandi homini, non etiam jumenti agendi vel vehiculum. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet actum non habet; qui actum habet, et iter habet eoque uti potest etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet. Aquæductus est jus aquam ducendi per fundum alienum. — Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ: ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas vel in aream, vel non recipiat; et ne altius tollat quis ædes suas, ne luminibus vicini officiatur. In rusticorum prædiorum servitutes quidem computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam adpulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ. pr. — § 2, J, h. t. 2, 3.

Urbanorum prœdiorum jura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum, vel aream vicini, aut non avertendi... et denique proiciendi protegendive ceteraque istis similia. L. 2. D. de serv. præd. urb. 8, 2.

III. — In contrapposto alle servitù prediali, le *servitutes personarum* sono di contenuto positivo, poichè, in forza di esse, appartiene all'avente diritto un determinato godimento della cosa serviente. Poichè però all'avente diritto spetta ora soltanto l'uso della cosa, ora anche l'appropriazione dei suoi prodotti, si distingue la servitù personale di *usus* e quella di *usus (et) fructus*. Mentre nessuna servitù può avere estensione maggiore dell'*ususfructus*, nei singoli casi il limite della sua estensione può essere più ristretto che quello dato dal concetto dell'*usus* o dell'*ususfructus;* in particolare il contenuto di un *usus*, limitato ad un determinato *uti*, può essere di specie uguale a quello di una servitù prediale.

Pater filiæ..... per domus hereditarias jus transeundi præstari voluit. — Quod si quis non usum transeundi personæ datum sed legatum servitutis

esse plenum intellegat tantumdem juris ad heredem quoque transmittetur, quod hic nequaquam admittendum est. L. 6, D. de serv. leg. 33, 3.

A) *Ususfructus* è il diritto di usare di una cosa in ogni maniera conforme alla sua destinazione economica e di appropriarsi il suo provento economico, perciò qui l'avente diritto diventa proprietario del *fructus* mediante la percezione (non già per la separazione).

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. L. 4, D. h. h. 7, 1.

Is, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructum dominus ufficitur, quam si eos ipse perceperit: et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad heredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis adquiritur. § 36, J. de r. d. 2, 1.

1) Il diritto ha i suoi limiti:

a) In riguardo della sua estensione sulla sostanza e sulla destinazione economica della cosa, poichè l'avente diritto non deve toccar quella, nè modificare questa.

Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet. L. 13, § 4, D. h. t.

b) In riguardo della sua durata, che, in mancanza di altra limitazione, equivale alla durata della vita dell'avente diritto; l'*ususfructus* delle persone giuridiche si estingue col decorso di 100 anni.

An ususfructus nomine actio municipibus dari debeat, quæsitum est; periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret; quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est: qua ratione proprietas inutilis esset futura semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit, centum annos tuendos essa municipes, quia id finis vitæ longævi hominis est. L. 56, D. h. t. 7, 1.

2) A causa della sua limitazione, il diritto di usufrutto è congiunto coll'obbligo, da garantirsi mediante cauzione, di mantenere la cosa in buono stato e così renderla, a suo tempo, al proprietario, come pure di risarcire qualunque deteriorazione della cosa, che si sarebbe potuto evitare con la *diligentia diligentis*. Se sono date in usufrutto delle *res quæ usu consumuntur*, si attribuisce all'usufruttuario la proprietà

di esse, sulle quali non è possibile un *ususfructus*, coll'obbligo di restituirle in genere (*quasi ususfructus*).

Si cujus rei ususfructus legatus sit, æquissimum prætori visum est de utraque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu, et cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restiturum quod inde extabit. L. 1 pr. D. us. q. 7, 9.

Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quœ usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari. L. 1 D. de usufr. ear. rer. 7, 5.

Quo senatusconsulto non id effectum est, ut ususfructus proprie esset (nec enim naturalis ratio actoritate Senatus commutari potuit), sed remedio introducto cœpit quasi ususfructus haberi. L. 2, § 1 eod.

Si vini, olii, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, ejusdem qualitatis res restituatur, aut æstimatis rebus certæ pecuniæ nomine cavendum est, quod, et commodus est. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quæ abusu continentur intellegemus. L. 7, eod.

B) *Usus* è l'*ususfructus* diminuito del diritto sui *fructus*.

Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. L. 2, D. de usu 7, 8.

1) L'*usuarius* non diviene proprietario del *fructus* e non ha veramente il godimento dei frutti; tuttavia, per una benigna interpretazione della concessione (specialmente, se per atto d'ultima volontà), costitutiva dell'*usus*, egli può disporre dei frutti, in quanto con essi soddisfi ai bisogni della propria famiglia.

Præter habitationem, quam habet, cui usus datus est, deambulandi quoque et gestandi jus habebit. Sabinus et Cassius, et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et pleribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum: idem Nerva et adiicit, strumentis etiam usurum, sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his, quæ in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum... quæ sententia mihi vera videtur. Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum: hæc enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto. L. 12, § 1, 2 eod.

2) Poichè l'*usus* non fonda alcun diritto sui proventi della cosa, i quali, in contrapposto al suo uso, possono spettare a una persona in una porzione determinata o toccarle in sorte per la relazione loro con un rappresentante di essa, ed anche esserle attribuiti mediatamente per la concessione fatta dell'immediato *frui* ad un'altra; per ciò l'*usus*, in contrapposto dell'*ususfructus*, non può spettare ad un avente diritto *pro parte*, nè ad una persona giuridica, nè essere esercitato, mediante la cessione dell'*uti* a un terzo: invece l'*usuarius* è libero di far partecipare al proprio *uti* altre persone.

Usus pars legari non potest; nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus. L. 19, D. h. h. 7, 8.

Domus usus relictus est..... potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. — Et ait Labeo eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere; item et hospites et libertos suos et clientes; ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. L. 2-4, D. eod.

C) Nient'altro che la costituzione di un *usus* è in sè la concessione dei servizi (*operæ*) di determinati schiavi od animali, come pure quella dell'abitazione (*habitatio*) in una determinata casa, la quale, in contrapposto alla illimitata costituzione dell'*usus*, permette al proprietario qualunque uso della casa conciliabile con l'esclusiva abitazione di un altro. — Quelle servitù sono però giuridicamente favorite:

1) In riguardo del loro contenuto perciò che la loro concessione, in contrapposto alla costituzione di un semplice *usus*, viene interpretata come concessione di qualunque disponibilità sopra l'abitazione o la prestazione di servizi concessa, come anche:

2) In riguardo alla loro durata per ciò che esse, in contrapposto agli altri diritti patrimoniali, non si estinguono per *capitis deminutio* e, in contrapposto alle altre servitù, non periscono pel *non usus*.

Si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit neque usus videtur neque ususfructus, sed proprium aliquod jus. Quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata(m) permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare. § 5, J. de usu et habitatione 2, 5, cf. L. 13, C. de usufructu et habitatione et ministerio servorum, 3, 33.

Operis servi legatis usum datum intellegi et ego didici et Julianus existimat. L. 5 D. de operis servorum 7, 7.

Hominis operæ legatæ capitis deminutione vel non utendo non amittuntur, et quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas ejus ipse locare poterit. L. 2, D. de usu... et habitatione et operis leg. 33, 2.

IV. — Quanto al possesso delle servitù:

1) Esso non può aversi rispetto alle servitù negative, che non attribuiscono alcun positivo uso della cosa.

2) Possesso di una servitù personale è la detenzione della cosa serviente con l'intenzione di usarne come propria in quell'estensione, nella quale ne apparterrebbe l'uso all'avente un diritto di servitù.

3) Il possesso della servitù urbana affermativa si contiene nel possesso della costruzione come di quella che sporge entro la cerchia dell'altrui proprietà del fondo.

4) Il possesso di una servitù rustica consiste nell'esercizio del contenuto di una servitù, nella credenza ch'esso sia nostro o appropriandoselo: esso cessa col cessare dell'esercizio.

Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. L. 20, D. de servitut. 8, 1.

II. NASCITA ED ESTINZIONE DELLE SERVITU'.

§ 60.

I. — La servitù sorge:

A) Come *servitus jure constituta*, oltrechè per disposizione di ultima volontà.

1) Per *in jure cessio* e, se rustica, per *mancipatio*, fatta dal dominio quiritario. — Inoltre una servitù può venir riservata, mediante *exceptio* o *deductio* nella traslazione del dominio, al proprietario antico: in tal caso essa nasce contemporaneamente alla proprietà dello acquirente, come quella che ugualmente deriva dalla proprietà dello alienante.

Sed jure prædiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. Ususfructus in jure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in jure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem. — Quod autem

diximus usumfructum in jure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit. Gai II, § 29, 30, 33.

2) Per *adjudicatio* nascono le servitù nei giudizi divisorii.

Constituitur adhuc ususfructus et in judicio familiæ erciscundæ et communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum. L. 6, § 1, D. de usufr. 7, 1.

B) Riguardo al *solum* provinciale, cui non erano applicabili le forme di costituzione proprie del *jus civile*, si provvedeva alla garanzia delle conseguenze della promessa in qualsivoglia modo fatta (*pactio*), o mediante la *stipulatio*, che faceva sorgere il vincolo obbligatorio diretto all'effettiva sussistenza della servitù promessa, o prestando mallevadoria che nulla sarebbe fatto contrario al suo contenuto. La garanzia mediata, così stabilita contro le molestie dei terzi, fu elevata a garanzia immediata dal *jus honorarium*, che derivò un diritto reale da quella concessione del contenuto di una servitù congiunta alla garanzia che non ne sarebbe turbata l'esistenza.

Parimenti, dal riconoscimento del quasi possesso delle servitù come rapporto analogo al possesso della cosa, si sviluppò il riconoscimento della *quasi traditio* come fondamento del possesso di servitù, che, per analogia della *traditio*, dava luogo all'acquisto del diritto corrispondente. Una *servitutes tuitione magistratus constituta* sorge perciò tanto mediante *stipulatio*, o prestazione attributiva giuridica, quanto mediante *quasi traditio*, o attribuzione effettiva del suo esercizio.

Inoltre la costituzione di un possesso di servitù ebbe per conseguenza il riconoscimento di un'usucapione delle servitù, come l'aveva conosciuta anche il *jus civile* fino ad una *lex Scribonia*. Il tempo di quella usucapione è, come per l'usucapione di proprietà nel *jus honorarium*, un *longum tempus* di dieci o venti anni secondo i casi; la usucapione delle servitù non richiede da un lato alcun determinato atto d'acquisto di natura speciale, e dall'altro lato occorre che il possesso, durante tutto il tempo necessario all'usucapione, abbia sussistito *nec vi nec clam nec precario*.

C) Nel Diritto Giustinianeo, nel quale, anche riguardo alle servitù sono sparite la *mancipatio* e la *in jure cessio*, la *servitus tuitione magistratus constituta* è diventata *jure constituta*.

Alioquin in provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive jus eundi agendi aquamve ducendi, vel altius tollendi, ædes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest: quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt. Gai II, § 36.

Eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat. L. 4, § 29 D. de usuc. 41, 3.

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. L. 10 pr. D. si serv. 8, 5.

Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. § 4, J. de serv. 2, 3.

II. — Le servitù si estinguono:

1) A causa del loro concetto.

a) Generalmente per la loro unione col dominio (*confusio, consolidatio*), poichè esse, come diritti sulla cosa altrui, non possono esistere insieme alla proprietà in una stessa persona.

b) Le servitù personali si estinguono tanto per la morte del loro soggetto o per la fine del tempo pel quale furono costituite, quanto ancora per modificazioni del loro oggetto, tali da togliere alla cosa la destinazione economica fin qui avuta, e perciò da impedire quell'uso di essa, che spetta all'avente diritto.

2) La rinunzia ad una servitù da parte dell'avente diritto segue in forza di un accordo col proprietario, che si effettua secondo il *jus civile* nella forma della *in jure cessio*.

3) La prescrizione delle servitù richiede, dal lato dell'avente diritto, il fatto negativo del *non usus* e nelle servitù urbane anche la positiva usucapione della libertà (*usucapio libertatis*) dal lato del proprietario del *prædium serviens*, mediante il non interrotto possesso della cosa in uno stato, che escluda la servitù per tutto il tempo necessario a prescrivere, che per il *jus civile* era quello dell'*usucapio* e per Diritto Giustinianeo è invece generalmente il *longum tempus*.

Finitur autem usus fructus morte fructuarii et.... capitis deminutionibus... et non utendo. Item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur..... vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerit vel etiam terræ motu aut vitio suo corruerint, extingui usum fructum, et ne areæ quidem usumfructum haberi. § 3, J. de usufr. 2, 4.

Servitutes prædiorum confunduntur, si idem utriusque prædii dominus esse cœperit. L. 1, D. quem. serv. 8, 6.

Usufructuarius in jure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertetur in proprietatem. Gai II, 30.

Viam, iter, aquæductum qui biennio usus non est amisisse videtur. — Non utendo amittitur usus fructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur vel rei mobilis anno. Paul. I, 17, § 1, III, 6, § 30.

Hæc autem jura similiter, ut rusticorum quoque prædiorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat; veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris retineo servitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum si tu foramen, unde executum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum permanet. L. 6, D. de serv. urb., 8, 2.

3. AZIONI.

§. 61.

I. — Il diritto di servitù si fa valere, contro chiunque lo impugna o turba lo stato di fatto del suo contenuto, mediante la *confessoria in rem actio*, la quale afferma ciò che la negatoria *in rem actio* impugna. L'attore chiede il riconoscimento del suo diritto e la reintegrazione dello stato di fatto alterato dalle turbative.

Si agat, jus esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum, veluti si agat

jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel proiciendi aliquid vel immittendi in vicini ædes. § 2, J. de act. 4, 6.

Utrum autem adversus dominum dumtaxat in rem actio usufructuario competat, an etiam adversus quemvis possessorem, quæritur. Et Julianus libro septimo Digestorum scribit, hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere. L. 5, § 1, D. si ususfr. 7, 6.

II. — Quanto alla difesa del possesso della servitù

1) Trovano applicazione analogica (come *utilia*) alle servitù personali, che apportano la detenzione della cosa, gli interdetti *recuperandæ et retinendæ possessionis.*

Non competit interdictum adversus eum qui non possidet... sed potius fruitur. Inde j. uti possidetis utile hoc nomine proponitur et unde vi. Vat. fr. 90.

2) Il possesso di una *servitus urbana,* come quello che è contenuto nel possesso del *prædium dominans,* vien difeso coll'immediata applicazione degli *interdicta rætinændæ possessionis,* fondati sul possesso della cosa.

B) *Superficies* ed *Emphyteusis.*

§ 62.

I. — Poichè le servitù prediali sono di limitata estensione, le servitù personali di ristretta durata e le une e le altre inseparabili dalla cosa o persona, in riguardo della quale sussistono, si contrappone a quelle per l'estensione, a queste per la durata, ad ambedue per la trasmissibilità il diritto di godere illimitatamente e durevolmente del fondo altrui. Come diritto sulla cosa altrui, è caratterizzato dalla condizione di prestare al proprietario una mercede (*canon, pensio*). In questo esso è simile ai diritti dell'affittuario e del locatario, dai quali però si distingue perchè diritto reale e stabile.

II. — Su di un *prædium urbanum* quel diritto si dice *superficies:* come *jus in agro* esso si ebbe dapprima sull'*ager vectigalis*, cioè sulle terre pubbliche lasciate nel durevole godimento di un affittuario, mercè la corresponsione di un *vectigal,* e dopo il III secolo si estese nell'Oriente come *emphyteusis.* Mentre la *superficies* fu inalzata a

diritto reale dal pretore, sembra che la realità del diritto di affitto ereditario sia sorta senza espressa disposizione.

III. — Come alle servitù, così anche ai diritti di superficie e di enfiteusi corrisponde un quasi possesso. Poichè questo si ha da chi si trova di fatto in quella posizione, in cui si trova per diritto l'*emphyteuta* o il *superficiarius*, esso presuppone l'effettuazione assunta, secondo l'accordo, degli obblighi spettanti ad un enfiteuta o a un superficiario.

IV. — Il diritto di superficie e di enfiteusi:

1) Nasce per la concessione della cosa da parte del proprietario contro l'assunzione dell'obbligo di prestare la mercede pattuita in denaro o in frutti della cosa. A causa di tale contro prestazione la concessione apparisce come una sottospecie di affitto o locazione di fondi; poichè però la concessione è stabile e la mercede non è un vero equivalente dell'uso e del godimento concesso, tale concessione è piuttosto un'alienazione, che può farsi specialmente nella forma della vendita: però dopo una Costituzione dell'imperatore Zenone, il *contractus emphyteuticarius* non deve considerarsi nè secondo l'analogia con speciali contratti di alienazione, nè secondo quella del contratto di locazione.

2) Il diritto si estingue per la congiunzione col dominio o per l'abbandono della cosa: inoltre il proprietario può privare l'enfiteuta del godimento per il ritardo triennale nel pagamento del canone, o delle pubbliche imposte, per la deteriorazione del fondo e per l'alienazione senza avvertire il proprietario che ha diritto di vendere.

V. — Le azioni spettanti all'avente diritto sono applicazioni analogiche delle azioni di proprietà: così pure il possesso è difeso per analogia del possesso della cosa; per quello della superficie vi è uno speciale *interdictum de superficie*.

Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes, ita tamen, si vectigal solvant. L. 1, 2, D. si ag. vect. 6, 3.

Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, § 3, J. de loc. 3, 24.

Ait prætor: *uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto; si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo.* — Quod ait prætor: si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negatur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet. L. 1, pr. § 3, D. de sup., 43. 18.

C) *Il diritto di pegno.*

1. CONCETTO E STORIA.

§ 63.

I. — Il diritto di pegno si distingue dagli altri *jura in re*, perchè:

1) Esso non esiste riguardo a sè stesso, ma riguardo alla realizzazione di un credito; e

2) Non per un uso della cosa da parte dell'avente diritto, ma allo scopo di rivolgere il valore del suo dominio a vantaggio dello avente diritto.

Diritto di pegno od *obligatio rei* è il vincolo di una cosa per la soddisfazione di un credito. Come il vincolo personale, il diritto di pegno, in contrapposto agli altri *jura in re*, consegue lo scopo dell'esser suo non già colla sua esistenza, ma soltanto colla sua realizzazione, che annienta quella.

II. — Il diritto di pegno si presentava originariamente non nella

forma di un diritto proprio, ma in quella del dominio quiritario, che veniva trasmesso al creditore per *mancipatio* o *in jure cessio,* in unione a un *pactum fiduciæ,* in forza del quale il dominio si presentava come un dominio concesso al creditore e che questi doveva restituire, nel caso della soddisfazione del suo credito. — Poichè egli, come proprietario, poteva veramente disporre della cosa, ma non doveva farlo perchè *fiduciarius,* il dominio fiduciario, come tale, gli dava solo una garanzia mediata del suo soddisfacimento, mediante la facoltà di ritenere la cosa, finchè non fosse soddisfatto. — Invece un vincolo effettivo della cosa nasceva da un *pactum* più ampio congiunto col *pactum fiduciæ,* che permetteva al creditore, non soddisfatto dal debitore, di soddisfarsi da sè per mezzo della proprietà della cosa: questo patto, se consisteva in una *lex commissoria,* permetteva al creditore di conservare la cosa stessa per suo soddisfacimento, se era un *pactum de vendendo* gli attribuiva la facoltà di vendere la cosa a un terzo e di farsi pagare sul prodotto della vendita: mentre l'effettuarsi della *lex commissoria* estingue assolutamente tanto il credito, quanto l'obbligo di restituzione del creditore, la vendita del pegno estingue il credito solo in quanto il provento della vendita ne raggiunge l'ammontare e fonda, in luogo dell'obbligo di restituire la cosa, l'obbligo di restituire il superfluo del prezzo di vendita. Contro il creditore vi è l'*actio fiduciæ,* azione infamante, quando egli viola la fede riposta in lui, omettendo la restituzione dovuta, ovvero col cattivo trattamento della cosa o colla vendita svantaggiosa di quella. Se il creditore era soddisfatto, ovvero la cosa per causa diversa dalla concessione revocabile o temporanea del creditore, ritornava in possesso del debitore, la sua proprietà riviveva mediante il possesso di un anno (*usureceptio*).

Fiduciam accepit cuicumque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remancipet. — Hæc mancipatio fiduciaria nominatur idcirco quod restituendi fides interponitur. Boeth. in Cic., top. L. 10...

Cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure aut cum amico, quo tutius nostræ res apud eum esset, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret. Gai. II, 60.

III. — Accanto a quella comune forma della traslazione di proprietà stava la (*prædium*) *prædiorum* (*que*) *obligatio*, come un modo di oppignorazione particolare, applicabile semplicemente per i crediti del *populus romanus* e di altri municipii. — Per i crediti derivanti dagli affari conchiusi con quelli si fondava un vincolo, non soltanto di cittadini implicati nell'affare come *prædes*, ma anche di fondi: *prædia subduntur*, *subsignantur*, *obligantur*. Queste oppignorazioni erano notate nei pubblici registri, cioè i fondi relativi erano iscritti come tali, dei quali la comunità potesse disporre a causa del suo credito. — Nasceva da ciò il diritto di vendere i *prædia*, quindi il diritto di procedere unilateralmente senza preventiva consegna. Anche qui spettava la *usureceptio* al proprietario anteriore, quando il *prædium* venduto fosse stato da lui posseduto per due anni.

Qui prædes accepti sint quæque prædia subdita subsignata obligatave sint... in tabulas communes municipum ejus municipi referantur. — Quicumque... prædes facti sunt erunt quæque prædia accepta sunt erunt, ii omnes..... æque omnia... item obligati obligatave sunt uti ii eave, p° R° obligati obligatave essent. Eosque prædes eaque prædia... qui quæve soluti liberati soluta liberataque non sunt non erunt... II. viris... vendere legemque his vendundis dicere jus potestasque esto, dum eam legem is rebus vendundis dicant, quam legem eos, qui Romæ ærario præerunt, e lege prædiatoria prædibus prædisque vendundis dicere aporteret. Lex Malacitana, c. 63, 64.

Item si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est ususreceptio; sed hoc casu prædium biennio usu recipitur, et hoc est quod vulgo dicitur ex prædiatura possessionem usurecipi: nam qui mercatur a populo prædiator appellatur. Gai II, 61.

IV. — Una seconda forma, più debole della fiducia, di garanzia depositata è il *pignus* (*depositum*): in luogo della trasmissione del dominio vi è qui la sola traslazione del possesso, che però è possesso indipendente, giuridico e tutelato con gli interdetti: il *pactum de vendendo* ha qui il significato di una autorizzazione fatta al creditore di trasferire il dominio dell'oppignorante mediante *traditio* (e perciò nelle cose mancipi il solo dominio pretorio) in rappresentanza di esso.

Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem. L. 35, § 1, D. de pign. a 13, 7.

Alienare potest... creditor pignus ex pactione quamvis ejus ea res non sit. Sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Gai II, 64.

V. — Mentre il *pignus* era, come la fiducia, il deposito (*depositio*) di una garanzia, la *hypotheca* era, come la *prædiorum obligatio*, una semplice sottoposizione della cosa a garanzia (*pignoris sub* od *oppositio*). — In contrapposto alla trasmissione del possesso, essa è concessione dell'oppignoramento, cioè di un'arbitraria apprensione di possesso. Per vincere la resistenza opposta al pignoramento il pretore accordò al creditore l'*interdictum Salvianum* e subito dopo l'*actio Serviana* a scopo di ripetere la cosa da qualunque possessore. — Come quell'interdetto, così pure questo diritto di ripetizione si aveva in origine solo per il caso speciale degli *invecta et illata oppignorati* al locatore, però, come *quasi Serviana actio*, la si applicò a tutti i casi di ipoteca (*hypothecaria actio*) e del *pignus* (*pignoraticia in rem actio*).

Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas in pro mercedibus fundi pignoris futuras pepigisset. Gai IV, 147.

Item Serviana et quasi Serviana, quæ etiam hypotecaria vocatur, ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus. § 7, I. de act. 4, 6.

VI. — Per la possibilità di ripetere la cosa dal possessore, l'ipoteca e il *pignus* divennero applicazione di un medesimo diritto sulla cosa altrui creato dal pretore. Poichè però la facoltà di vendita, già in antico attribuita di regola al creditore, è divenuta essenziale al diritto di pegno, così l'oppignorazione fonda il potere di disporre sul

dominio altrui o su speciali diritti patrimoniali altrui a scopo di realizzare un credito. Poichè non sono soltanto diritti reali quelli, su cui può essere concessa una disponibilità con l'oppignoramento, così nemmeno qualunque pegno è un diritto reale. La *lex commissoria* fu proibita da Costantino.

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit autor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, in modo non convenit ne liceat; ubi vero convenit ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit. L. 4, D. de pign. act.

Quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. L. 3, C. de pact. pign. 8, 34.

2. NASCITA ED ESTINZIONE.

§ 64.

I. — L'esistenza di un diritto di pegno richiede:

A) L'esistenza di un credito, riguardo al quale sussiste.

Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem vel sub condicione, et sive in præsenti contractu sive etiam præcedat; sed et futuræ obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendæ omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali: sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio extiterit. — Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena. L. 5, pr. § 2, D. h. t. 20, I.

B) Un diritto, da cui deriva la sua esistenza e sul quale esso attribuisce una disposizione. Tal diritto può essere:

1) Dominio, e veramente così che apporti o il potere della sua propria trasmissione totale o parziale, o quello di fondare un diritto su cosa altrui.

2) *Jus in re,* in quanto esso contenga in sè la possibilità di una

disposizione giuridica, dunque l'*usus fructus*, la superficie, l'enfiteusi, il diritto di pegno: l'oppignorazione fatta dal creditore pignoratizio dà luogo a un *pignus pignoris* o *subpignus*.

3) Credito (*pignus nominis*). L'oppignorazione di un credito è una cessione di esso nei limiti dati dallo scopo del vincolo di pegno, e fonda soltanto ancora eventualmente un diritto reale sulle cose acquistate con la sua realizzazione.

Ususfructus an possit pignori hypothecæve dari quæsitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus tuendum creditorem. — Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur. L. 11, § 2, L. 13, § 2, D. h. t.

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a prætore hæc conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicuius, id, quod succeperis erit tibi pignoris loco. L. 18 pr. D. de pign. act.

C) Causa d'origine del diritto di pegno è, astrazione fatta da atti di ultima volontà:

1) Concessione contrattuale in qualsiasi forma.

Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ; nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est et in his obligationibus quæ consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, et probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt; fiunt enim de his scripturæ, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit, et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiæ sunt, licet testationes in scriptis habitæ non sunt. L. 4, D. de pign. 20, 1.

2) Ad un rapporto simile al diritto di pegno, *pignus prætorium* e *pignus in causa judicati captum*, dà luogo il pignoramento in forza di un ordine del magistrato avvenuto a scopo di garanzia o nel procedimento esecutivo.

Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus costituitur non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem. L. 26, § 1 D. pig. art. 13, 7.

Res et causam judicati ejus jussu, cui jus jubendi fuerit, pignoris jure teneri ac distrahi pone sæpe rescriptum est. L. 1, C. si in ca. ju. 8, 23.

3) Per disposizione di legge un diritto di pegno è stato unito ad una serie di crediti, talora perchè a causa l'uso frequente e normale del pattuirlo si presenta assolutamente come tacitamente inserito, talora a causa della importanza del credito per la conservazione della cosa, talora infine in forza della particolare protezione di certi crediti. Alla prima classe appartiene il summentovato diritto di pegno del locatore sugli *invecta et illata* e dell'affittante sui frutti della cosa affittata; alla classe seconda il diritto di pegno concesso da Marco Aurelio a chi ha dato un mutuo per la ricostruzione di un edifizio della città; all'ultima i diritti di pegno accordati al fisco, al pupillo, alla donna maritata su tutto il patrimonio del debitore.

Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis prædiis contra observatur. — In prædiis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit. L. 4, pr. 7, pr. D. in q. c. 20, 2.

Senatus consulto, quod sub Marco imperatorem factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit. L. 1, D. eod.

Fiscus semper habet jus pignoris. L. 46, § 3, D. jur. fisci. 49, 14.

II. — Il diritto di pegno cessa:

1) Per l'estinzione, non già per la prescrizione del credito; per la parziale estinzione del credito non si altera il diritto di pegno.

Non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere. L. 85, § 6, D. de v. o. 45, 1.

2) Per l'unione col diritto, sul quale esso attribuisce una disposizione, conservando però il suo effetto contro gli altri diritti di pegno posteriori.

In proposita autem questione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit domino adquisito, neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. L. 30, inf. D. de exc. r. i. 44, 2.

Eum, qui a debitore suo prædium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditore ex pretio pecunia pervenit. L. 17, D. qui pot. 20, 4.

3) Per una *remissio pignoris* convenzionale in qualsiasi forma, come anche per il possesso dell'oggetto del pegno, come di cosa non oppignorata, prolungata per 10 o 20 anni, secondo i casi.

Generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum. L. 9, § 3, D. de pign. act. 19, 7.

4) Per la vendita del pegno.

3. CONTENUTO.

§ 65.

I. — Il diritto di pegno contiene con la scadenza del credito:

1) La possibilità di ripetere il suo oggetto da qualunque terzo, se questi non preferisca soddisfare l'obbligazione, per cui sussiste il pegno. La *Serviana* e la *quasi Serviana actio* è un'*actio in factum concepta* analoga alla *rei vindicatio*.

In vindicatione pignoris quæritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est; nam si non possideat, nec dolo fecerit quominus possideat, absolvi debet; si vero possideat, et aut pecuniam solvat aut rem restituat æque absolvendus est; si vero neutrum horum faciat condemnatio sequetur. L. 16, § 3, D. de pign.

2) La piena facoltà di disporre, dopo un preventivo avviso e il decorso di un tempo che per diritto giustinianeo è di due anni, sopra il suo oggetto in favore di un terzo compratore, e di farsi pagare il credito suo sul retratto della vendita *(jus distrahendi pignoris)*, sicchè il creditore diviene veramente proprietario del prezzo di compera, ma deve all'oppignorante la restituzione dell'*hyperocha*. Se non si trova compratori, il creditore può farsi aggiudicare la cosa per rescritto imperiale secondo il valore di stima *(jus dominii impetrandi)*. Il creditore può consumare i frutti della cosa da lui posseduta, deve però computare il loro valore col credito. Però essi possono essergli

garantiti in luogo delle usure con un *pactum antichreticum*, e nel mutuo senza usure li conserva, anche senza convenzione, fino al valore delle usure legali.

Sancimus... si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debeat pignus distrahi... ea observari. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur fœneratori ex denuntiatione vel ex sententia judiciali post biennium... eam vendere. Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit... tunc creditor... jure dominii habere eandem rem expetat habeatque eam ex divino oraculo in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuito habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regressum... et liceat ei creditori... efferre debitum cum usuris et damnis vitio ejus creditori illatis... Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor. Justinian. L. 5, § 1, 3. C. de jur. dom. imp. 8, 34.

Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere. L. 8, D. in q. c. p. 20, 2.

II. Se lo stesso oggetto è oppignorato a più persone, il diritto fondato più recentemente in tanto ha effetto, in quanto ciò è possibile senza limitare l'efficacia del diritto anteriormente fondato. Diritti sorti contemporaneamente sono o collidenti, efficaci senza riguardo l'uno all'altro, o spettanti a ciascuno *pro parte* per costituzione fatta insieme. — La priorità del diritto di pegno costituito anteriormente *(prior tempore potior jure)* fu però nell'epoca imperiale alterata dai privilegii di pegno (p. es. in favore del fisco). Il creditore pignoratizio posteriore:

1) Non ha il *jus distrahendi*, ma solo il diritto di richiedere la *hyperocha*.

2) Esso non può ridomandare la cosa al creditore anteriore, quando non si offra di pagargli il credito, mediante il qual pagamento esso ne prende il luogo fino a concorrenza di quel valore.

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita ut utrique in solidum obligatæ essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur, inter ipsos autem si quæstio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem; dabitur enim possidenti hæc exceptio: « si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset ». Si autem id actum fuerit ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos, et

advenus extraneos, per quam partis possessionem apprehendant singuli. L. 10, D. de pign.

Interdum posterior potior est priore, utputa si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero: huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. L. 5, 6 pr., D. qui pot. 20, 4.

Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, cum obtulisset isque accipere noluisset, eam obsignavit et deposuit. L. 1, C. qui potior. 8, 17.

Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, vendicationem ob pecuniam solutam et creditam recte facit. L. 5, pr. D. de distr. pign. 20, 5.

PARTE QUARTA

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI

I. — CONCETTO E CONTENUTO DELL'*OBLIGATIO*.

1. CONCETTO.

§. 66.

I. — In contrapposto al diritto sopra una cosa, che è efficace contro tutti i non aventi diritto il *credito* è il diritto a una prestazione, il quale colpisce un determinato obbligato; cioè:

1) Il diritto reale sussiste sopra una cosa, di cui *presuppone* l'esistenza; invece il credito ha per iscopo il *produrre* una prestazione.

2) Il diritto reale limita la *possibilità di azione* di tutti i non aventi diritto; invece al credito corrisponde un *dovere* dell'obbligato.

Diritti reali e diritti di obbligazione sono quindi vicendevolmente opposti nel loro rapporto tanto con l'oggetto su cui riposano, quanto colla persona verso cui si dirigono. Il Diritto reale è un'unione giuridica di una cosa colla persona, la quale esclude le altre persone da un'azione sulla stessa cosa, invece l'obbligazione fonda un'unione giuridica fra più persone.

II. — L'obbligo di colui che deve a un altro una prestazione importa per esso un vincolo, il quale e per l'esistenza sua e perchè venga fatto valere *costringe* il debitore all'adempimento dell'obbligo suo, e mediante la sua realizzazione supplisce al soddisfacimento dell'obbligo, ove esso sia mancato ad onta di quella necessità.

Al dovere e vincolo ossia all'*obbligazione* dell'una parte sta di fronte la pretesa *(actio)* che la fa valere nell'altra parte, il cui diritto, in contrapposto ai diritti reali, si risolve in essa e perciò si estingue coll'obbligazione del debitore. Però la pretesa del creditore contro il debitore, in quanto non sia soddisfatta, produce un potere del creditore sulla persona e sui beni del debitore, mercè l'esercizio del qual potere il vincolo obbligatorio si realizza, e il creditore vien soddisfatto in forza di una propria pienezza di azione: perciò il debitore sta di fronte al creditore da un lato come subietto di un'obbligazione verso di lui, dall'altro come obietto eventuale di un suo potere giuridico.

III. — In contrapposto al dominio giuridico per una cosa o al *meum esse*, i Romani designavano l'obbligo personale nascente da un rapporto di obbligazione, con *dare, facere, oportere:* il vincolo del debitore corrispondente è la *(personæ) obligatio*, la quale dal vincolo di pegno o *rei obligatio* si distingue pel doppio riguardo che essa è il vincolo di una persona e per il soddisfacimento di un proprio dovere obbligatorio. In quanto però il credito dell'altra parte si compenetra con questo vincolo, cade anch'esso sotto il concetto dell'*obligatio*, la quale espressione può quindi indicare l'unione giuridica delle due parti sia come tale, sia con speciale riguardo a una o all'altra parte. *Rei* sono ambedue le parti, che vicendevolmente si contrappongono come *creditor* e *debitor*. Queste denominazioni sono tolte dal caso del mutuo, dove originariamente *creditor* di una cosa è chi l'ha data in libera disposizione, e *debitor* colui che deve a un altro un determinato valore, perchè lo ha da lui ricevuto *(de-habet)*. *Aes alienum* è il valore del debito, del quale mediante la necessità della sua restituzione vien diminuito il valore del patrimonio del debitore.

Tit. D. de obligationibus et actionibus 44, 7.

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum. L. 3 pr. D. ht.

Actionis verbum et speciale est et generale; nam omnis actio dicitur sive in personam sive in rem sit petitio; sed plerumque actiones personales solemus dicere, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. L. 178, § 2, D. de v. s. 50, 16.

Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. L. 11, D. eod.

Debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest. L. 108, D. eod.

Æs alienum est, quod nos aliis debemus; æs suum est, quod alii nobis debent. L. 213, § 1 eod.

Bona intelliguntur cuiusque quæ deducto ære alieno supersunt. L. 39, § 1 eod.

2. OGGETTO.

§ 67.

I. — La prestazione deve:

1) Quanto alla sua natura generale non essere nè impossibile fisicamente o giuridicamente, nè riprovata dal Diritto o rigettabile moralmente. La volontà che scientemente ha pattuito una tale prestazione è puramente invalida mentre in difetto di quella coscienza può esser dovuto invece della prestazione il suo valore.

Impossibilium nulla obligatio est. L. 185, D. de R. I. 50, 17.

2) Nel suo rapporto col soggetto dell'obbligazione essa deve essere nell'interesse del privilegiato e non può esser rilasciata alla volontà del debitore.

Qui insulam fieri stipulatur, ita demum adquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit, si et ibi insulam fieri interest ejus. L. 95, D. de v. o. 45, 1.

Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit. L. 108, § 1, D. eod.

II. La prestazione è:

1) Per la propria natura un *dare* o un *facere; dare* è la tradizione del dominio o di un diritto reale, cioè sempre l'effettuarsi di una conseguenza giuridica; il *facere* è qualunque altra prestazione, cioè specialmente lo stabilirsi di un rapporto di fatto. L'obbligo ad una prestazione fonda parimente una responsabilità pel caso del suo ritardo e della sua mancanza: con speciale riguardo a questo è posto accanto al *dare* e al *facere* anche il *præstare*, accanto allo stabilirsi d'una conseguenza è posta come oggetto di obbligazione anche la garanzia per quella.

Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt. L. 2 pr. D. de v. o.

Casus... a nullo præstantur. L. 25 D. de reg. jur.

2) Per la determinazione della prestazione l'obbligazione è *certa* o *incerta:* la prima, quando la prestazione è un *dare* determinato abbastanza in modo e misura da principio, cioè nel momento della fondazione dell'obbligazione.

Incerta obligatio è particolarmente:

a) L'obbligazione di un *genus* il cui oggetto è la tradizione di singoli oggetti di un determinato genere, non determinati individualmente; a meno che tutti gli esemplari di questo genere si equivalgano scambievolmente: il debitore può qui prestare qualunque oggetto voglia di quel *genus* purchè in buono stato.

2) L'obbligazione alternativa, a meno che il creditore si riserba la scelta che altrimenti spetterebbe al debitore.

Stipulationum quædam certæ sunt, quædam incertæ; certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphoræ centum. Ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. Ergo si qui fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem. Usque adeo, ut, si quis ita stipulatus sit, tritici Africi boni modios centum, vini Campani boni amphoras centum? incertum videatur stipulari, quia bono melius inveniri potest; quo fit, ut boni appellatio non sit certæ rei significativa, cum id, quod bono melius sit, ipsum quoque bonum sit. At cum optimum quisque stipulatur, id stipulari intellegitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet; quæ res efficit, ut ea appellatio certi significativa sit. — Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur; in faciendo, veluti fossam fodiri, domum ædificari, vacuam possessionem tradi; in non faciendo, veluti per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat; per te non fieri, quominus mihi hominem Erotem habere liceat. Qui illud aut illud stipulatur, veluti decem vel hominem Stichum, utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quæritur; nam et res certæ designantur, et utra earum potius præstanda sit, in incerto est. Sed utcunque is, qui sibi electionem

constituit adjectis his verbis: utrum ego velim, potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere; qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur. L. 74, 75, pr. § 1, 2, 7, 8, D. de v. o. 45, 1.

III. — Modificazioni dell'oggetto dell'obbligazione si hanno:

A) Per la mancanza della prestazione dovuta in prima linea, quando essa sia imputabile al debitore; ad una tale imputabilità dà luogo una *colpa*, che il debitore doveva evitare in forza del determinato rapporto di obbligazione, e può fare estendere l'obbligazione alla prestazione del *casus*, la quale può venir pattuita particolarmente in qualunque negozio giuridico obbligatorio e in certi casi ha luogo di diritto (v. § 76, II).

L'obbligato è in debito:

1) senza eccezione in caso di *dolus* o nel caso della *lata culpa* che riguardo al mandare a vuoto la prestazione dovuta è ad esso simile e cade sotto il medesimo concetto.

Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur. L. 27, § 3 D. de pactis 2, 14.

Culpa dolo proxima dolum repræsentat. L. 1, § 2, D. si is qui test. 47, 4.

2) Di regola anche nei casi della *levis culpa;* però:

a) Fra i rapporti diretti alla restituzione di una cosa corporale, si presta la sola *culpa lata* per quello, il quale consiste nell'interesse dell'altra parte. *b)* In certi casi e specialmente nei rapporti di comunione, è scusata la *culpa levis,* quando fu usata quella cura che si suole dal debitore usare nelle cose proprie: *diligentia quam in rebus aliquis adhibere solet.*

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit: si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. L. 12, D. de per. et comm. 18, 6.

In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit. L. 18 pr. D. comm. 13, 6.

Cum quid tibi legatum fideive tuæ commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in

exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi præstare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonæ servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur. L. 108, § 12, D. de leg. I, 30.

Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est desidiæ atque negligentiæ. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. L. 72, D. pro socio 17, 2.

B) Il ritardo della prestazione dovuta *(mora)* come ritenzione antigiuridica da parte del debitore rinforza il suo vincolo, *(mora solvendi seu debitoris)*, come indugio al ricevimento da parte del creditore diminuisce il vincolo stesso *(mora accipiendi seu creditoris)*.

1) La *mora debitoris* nasce mediante l'interpellazione al pagamento della prestazione dovuta, la *mora creditoris* mediante l'offerta della prestazione. Mentre però la *mora creditoris* si ha per qualunque obiettivamente ingiustificato indugio al ricevimento, invece la *mora debitoris* è esclusa per una ignoranza scusabile del debitore e per un impedimento giustificato di esso alla consegna della prestazione.

2) La *mora debitoris* rinforza l'obbligazione tanto rispetto al contenuto di essa mediante la estensione alla prestazione dell'*utilitas temporis* (confr. IV. *A)* quanto rispetto alla sua durata, mediante la *perpetuatio obligationis*, in forza della quale la perdita *casuale* della prestazione originariamente dovuta non libera più il debitore. Allo incontro la *mora creditoris* importa la fondazione di un vincolo ulteriore diretto al risarcimento degli interessi per il mancato ricevimento in tempo utile, la liberazione del debitore per ogni perdita della prestazione avvenuta senza *lata culpa*, e il suo diritto a prosciogliersi dal debito mediante la deposizione o eventualmente mediante l'abbandono della cosa dovuta.

3) La mora cessa *(mora purgatur)* per il debitore con l'esser pronto al pagamento, pel creditore con l'esser pronto al ricevimento della prestazione dovuta e al risarcimento degli interessi.

Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur. L. 32 pr. De h. t. 22, 1.

Sciendum est, non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, moræ adnumerandum; quid enim si... exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur, si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur. Sed et si rei publicæ causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur, sive in vinculis hostiumve potestate esse cœperit. Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur. L. 21-23, D. h. t.

Si fundum certo die præstari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea intersit, moram factam non esse. L. 114, D. de v. o.

Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus perinde ac si homo viveret. L. 82, § 1 eod.

Qui decem debet si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea, accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri; etenim non est æquum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. L. 72 pr. D. de sol. 46, 3.

Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo. L. 91, § 3, D. de v. o.

Verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari. L. 72, § 1, D. de sol. 46, 3.

C) Nel caso di una *condemnatio* giuridica, o di una *damnatio* legittima (§ 77, IV) o privata (§ 104, III) che le è equiparata, il valore del debito aumenta del doppio per l'opposizione. *Lis infitiando crescit in duplum.*

IV. — Come oggetti singolari di obbligazione sono considerate parte a cagione della loro speciale importanza, parte per la speciale limitazione dei crediti ad esse diretti, la *prestazione del denaro,* la prestazione dell'*interesse* e la prestazione delle *usuræ.*

A) La prestazione del danaro è la trasmissione di un determinato valore patrimoniale come tale, in contrapposto a una prestazione determinata in ispecie: in essa si risolve qualunque altra prestazione mediante la *condemnatio.* La trasmissione di un valore patrimoniale è prestazione di un *interesse (id quod interest, utilitas)* in quanto è trasmissione di quel valore che nel caso di una circostanza da garantirsi dal debitore o senza una circostanza da imputarsi al debitore sarebbe entrato nel patrimonio del creditore o non gli sarebbe stato

sottratto. Il vincolo dell'*interesse* talora nasce di per sè da un delitto o da un contratto, talora è una conseguenza ed un' amplificazione del vincolo nella circostanza per cui l'interesse è dovuto.

Quantum mea interfuit id est quantum mihi abest quamtumque lucrari potui. L. 13 pr. D. rat. rem. 46, 8.

Si servum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium. L. 22 ad l. Aq. 9, 2.

B) La prestazione delle *usuræ* è la prestazione di cose fungibili in compenso dell'indugio alla prestazione del multiplo loro valore dovuto come capitale *(sors)*. Dal lato del creditore le usure, come provento del capitale sono designate con l'antica parola *fenus*, dal lato del debitore come compenso del suo uso, con la parola più d'uso recente *usuræ*. La prestazione di *usuræ* è talvolta oggetto di un particolare credito di usure, tal'altra un'estensione dell'originario oggetto del credito. L'obbligazione delle usure subisce limitazioni legali

1) riguardo al valore dell'usura. Le XIII tavole la limitano a un dodicesimo del capitale all'anno *(unciariun fenus)*. Più tardi (407) essa venne ridotta alla metà *(semiinciarium fenus)*; poco dopo la pretensione delle usure fu affatto proibita (412). Per i non cittadini la limitazione delle usure venne allargata da una *lex Sempronia* (561). Il sorpassare la misura non portava l'invalidità dell'obbligazione, ma una penale del quadruplo. A tempo di Cicerone compariscono come *legitimæ usuræ* (probabilmente per la decadenza della magistratura) le *us. centesimæ*, cioè $^1/_{100}$ del capitale al mese. Giustiniano pel primo le ridusse con certe regole alla metà. *Le centesimæ* sono adesso il *massimo* del *fenus nauticum* fino allora illimitato e che non solo dava compenso per l'indugio della prestazione del capitale ma anche per il pericolo della perdita del danaro. Lo stesso avviene circa il pagamento delle usure di un capitale non consistente in danaro.

2) Il pagamento di usure arretrate *(usurarum usuræ)* era a tempo di Cicerone permesso come *anatocismus anniversarius*, non come *menstruus*: nel nuovo diritto è proibito assolutamente.

3) Sono inolre proibite le *usuræ supra duplum*, cioè: il valore delle usure arretrate non deve superare il valore del capitale. Qualunque determinazione di usure più alte che quelle permesse legalmente non è riconosciuta nel diritto nuovo.

(Ex emto) pretii sorte licet post moram soluta usuræ peti non possunt cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis præstentur. L. 49, § 1, D. de act. emt. 19, 1.

Primo XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur: dein rogatione tribunicia ad semuncias redactum; postremo vetita versura, multisque plebisscitis obviam itum fraudibus, quæ totiens repressæ miras per artes rursum oriebantur. Tac. An. VI, 16.

Jubemus, illustribus quidem personis... minime licere ultra tertiam partem centesimæ usurarum... stipulari; illos vero, qui... negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimæ suam stipulationem moderari. In trajecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari. — Ceteros autem homines dimidiam tantummodo centesimæ usurarum posse stipulari. — Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem. L. 26, C. ht. 4, 32.

Supra duplum usuræ et usurarum usuræ nec in stipulatum deduci nec exigi possunt. L. 26, § 1, De cond. ind. 12, 6.

Trajecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit. L. 6, D. de naut. fen. 22, 2.

3. EFFETTO.

§ 68.

Il rigore del vincolo, diverso secondo i casi, fa nascere una diversità nello effetto giuridico delle obbligazioni.

I. — L'*obligatio naturalis* non fonda per sè alcun vincolo e non dà luogo ad alcun credito. Quando perciò ad essa vien contrapposta l'*obligatio civilis* ossia il vincolo giuridicamente efficace producente un'*actio*, un tal contrapposto non è quello di due opposti modi di obbligazione di egual valore, ma quello di un *obligatio* efficace e propria da una parte e dall'altra di un rapporto a quella soltanto analogo, che per l'analogia riceve il nome di *obligatio* inefficace o impropria. L'analogia dell'*obligatio civilis* e *naturalis* nasce sopratutto dalla somiglianza dei rapporti di fatto che danno loro origine; quando questi in una serie di casi producono di fronte a un vincolo efficace un vincolo soltanto analogo a quello, ciò dipende da questo che questi rap-

porti di fatto non operano nella stessa guisa che le altre volte, a cagione della particolare posizione giuridica del soggetto, nella cui persona essi si riscontrano, posizione che esclude un'obbligazione o un vincolo efficace. Come l'esterna apparenza di un rapporto di possesso si chiama *naturalis possessio*, così quei rapporti si chiamano *obligationes naturales*, perchè nella loro esterna apparenza somigliano ad obbligazioni efficaci. Nella loro importanza giuridica tali rapporti sono affini a quest'ultime per questo, che essi ad onta della mancanza di qualunque effetto giuridico immediatamente congiunto con esse pure con maggiore o minore estensione partecipano all'effetto *mediato* delle obbligazioni efficaci: poichè la loro propria importanza giuridica è esclusivamente quella mediata, così essa dipende dalla eventuale circostanza dell'incontro di fatti che dian loro una importanza giuridica.

Tali sono:

1) Il soddisfacimento della prestazione che formava oggetto della obbligazione naturale; benchè tale soddisfacimento non fosse effettivamente dovuto, pure, non appena è seguìto, esso vien considerato come se realmente fosse stato dovuto, sicchè non è ammessa la ripetizione, come un *indebito* di ciò che è stato pagato.

2) Certi vincoli, che presuppongono l'esistenza d'un altro vincolo, come quelli di pegno o di fidejussione, possono fondarsi anche sulla *obligatio naturalis*, la quale divide perciò coll'obbligazione efficace la proprietà di esser fondamento possibile di un vincolo ulteriore.

3) Per un vincolo dipendente dal valore di un patrimonio può essere importante una *obligatio naturalis*, nel senso che questa, al pari di un credito o debito efficace, viene considerata nella valutazione di quel patrimonio come posta da sommare o da sottrarre.

4) In quanto il creditore può conseguire il proprio soddisfacimento non solo immediatamente mediante il realizzarsi del vincolo del debitore, ma anche mediatamente con la *compensazione* del suo credito con un credito contrario del debitore (§ 80, II), un tale conseguimento della propria soddisfazione di fronte all'altrui credito opposto può avvenire per mezzo di un'obbligazione naturale, come quella che non può veramente farsi valere con la pretesa di un credito proprio, ma bensì a scopo di respingere la pretesa altrui.

Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. Naturales obligationes non eo solo æstimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. L. 16, § 3, 4, D. de fidei 46, 1.

Obbligazioni naturali si hanno:

1) Nella persona degli schiavi.

Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum; ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est. L. 64, D. de cond. ind. 12, 6.

2) Fra due appartenenti alla stessa famiglia, tra i quali l'unità della *patria potestas* esclude le obbligazioni efficaci.

Non magis cum his quos in potestate habemus quam nobiscum agere possumus. L. 16, D. de furt. 47, 2.

3) Dai mutui fatti al figlio di famiglia che non producono alcuna azione di ripetizione (§ 72, II).

Si filius familias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit. L. 40 pr. D. de cond. ind. 12, 6.

4) Nel caso di obbligazione contratta da un *impubes* senza l'*auctoritas tutoris*; la quale obbligazione non ha veramente di fronte allo impubere stesso alcun significato giuridico, ma può averlo in rapporto ad un terzo, in quanto essa non ricada sulla testa dell'*impubes*.

Naturalis obligatio... juxto pacto... ipso jure tollitur, quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æqnitatedis solvitur, ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur. L. 95, § 4, D. de sol. matr. 46, 3.

5) Per la distruzione di un'obbligazione a cagione di *capitis diminutio*.

Hi qui capite minuuntur... manent obligati naturaliter. L. 2, § 2, D. de cap. min. 4, 5.

II. — In quantochè il compimento di un'obbligazione è talora effetto di una *condemnatio* giuridica, talora esecuzione, le diversità delle obbligazioni nascono talora dalla maggiore o minor libertà di giudizio concessa al giudice relativamente alla *condemnatio*, talora da ciò che certe obbligazioni come titoli esecutivi sono nella loro realizzazione forzata indipendenti dall'esame e dalla decisione del giudice.

A) L'esame del giudice può essere più o meno libero tanto rispetto all'esistenza del credito, quanto rispetto alla sua misura. Relativamente a quella nelle *actiones in factum* il giudice ha solamente da decidere se si riscontrano i *determinata facta* producenti la *condemnatio*, mentre nel caso della *formula in jus concepta* deve giudicare su quali fatti si fondi il debito. Mentre però il suo giudizio sull'esistenza del debito nello *strictum judicium* è subordinato a determinate norme di diritto positivo, invece nel caso del *bonæ fidei judicium* esso dipende dal libero apprezzamento di tutte quelle circostanze, la cui considerazione è richiesta dalla giustizia. Il contrapposto delle *actiones stricti juris* e *bŏnæ fidei* si limita alle obbligazioni *ex contractu* e *quasi ex contractu* (§ 69); in quanto i contratti e i rapporti di fatto analoghi siano, rispetto al loro significato giuridico, parte rigorosamente parte liberamente interpretabili, nell'ultimo caso particolarmente deve ritenersi come contenuto del contratto non solo ciò che si è positivamente pattuito, ma tutto ciò che nelle convenzioni della natura suddetta è conforme all'intenzione di contraenti onesti. In progresso di tempo la libertà dello esame giudiziale, propria del *bonæ fidei judicium*, venne limitata mediante il progressivo stabilirsi delle obbligazioni di buona fede, e d'altra parte fu allargata nello *strictum judicium* mediante l'*exceptio doli* (§ 37, II. 2). *Stricti juris negotia* sono i rapporti strettamente unilaterali, i quali favoriscono esclusivamente una parte ed obbligano esclusivamente l'altra, mentre qualunque rapporto da valutarsi *ex fide bona* può spiegare efficacia in favore e contro ciascuna delle parti. Mentre la *actio bonæ fidei* s'individualizza mediante la sua particolare origine, sulla quale si fonda il suo speciale apprezzamento, l'*actio stricti juris* invece è una *condictio*, che astrae dalla specialità della

sua origine. Le diverse specie di *condictiones* derivano non dalla diversità della base loro, ma dalla diversità della prestazione dovuta. Se questa è una *certa pecunia* il credito è una *certi condictio*, la quale in contrapposto di tutti gli altri crediti, è diretta fin da principio al valore della *condemnatio* che si compenetra in quello del debito. *Triticaria condictio* è il credito di qualunque altra *res certa;* e *condictio incerti* quello di un *incertum*. (§ 67, II, 1, a).

In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. § 30, J. de act. 4, 6.

Qui certam pecuniam muneratam petit, illa actione utitur, si certum petetur; qui autem alias res, per triticariam condictionem petit. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quæ sint præter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. L. 1 pr. D. de cond. trit. 13, 3.

B) In antico si avevano delle obbligazioni, le quali ricevevano forza esecutiva, alcune, come quella nascente dal *nexum* (§ 70), dalla particolare natura del debito che fondava un vincolo rigoroso, altre da un particolare privilegio di legge, sicchè il vincolo fondato da esse era uguale a quello prodotto dalla decisione giudiziale. Tale uguaglianza fu tolta da una *lex Vallia* mediante l'introduzione di una *actio depensi* (§. 82, II). A cagione di una serie di obbligazioni, al cui soddisfacimento prendeva parte l'interesse pubblico, il creditore aveva il diritto di soddisfarsi da sè mediante l'appignorazione arbitraria di oggetti del debitore *(pignoris capio)* (Gaio IV, 21, sqq).

III. — Relativamente all'esecuzione, che forma l'ultimo scopo dell'*actio*, si hanno delle limitazioni alla soddisfazione dei crediti, per questo che il patrimonio del debitore non basti al pagamento, o anche, qualora il valore di quello raggiunga l'ammontare del debito, per un riguardo o al bisogno personale del debitore o ai diritti dei creditori concorrenti.

A) Un mitigamento di condanna con la limitazione *in id quod facere potest (debitor)* si ha in determinati casi con riguardo specialmente all'origine del debito *(donazione, società)*, alla persona del debitore *(soldati)* e al suo rapporto personale col creditore (come suo figlio, consorte o liberto). In forza di questo così detto *beneficium*

competentiæ, deve lasciarsi al debitore tanta parte del suo patrimonio, quanta occorre ad esso per non versare nella indigenza.

Sunt qui in id, quod facere possunt, conveniuntur, id est non deducto ære alieno; et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur (socius autem omnium bonorum accipiendus est), item parens, patronus, patrona, liberique eorum et parentes; item maritus de dote in id, quod facere potest, convenitur. Item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere. — Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur; et quidem is solus deducto ære alieno. L. 16-18, 19, § 1 D. de r. jud. 42, 1.

In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. L. 173 D. de reg. jur.

B) L'aprirsi del procedimento esecutivo (*Missio in bona* § 40, III), fonda a prò di tutti i concreditori la possibilità della divisione, e fra i condividenti un soddisfacimento proporzionale, per gli altri l'esclusione dal soddisfarsi con il patrimonio confiscato a scopo di esecuzione. Vengono però innanzi agli altri i crediti di determinati creditori (come il *fiscus*) in forza di un *privilegium personæ*, e quelli che per la loro origine speciale hanno un *privilegium causæ,* come p. es. il mutuo per la ricostruzione di un edifizio: la spesa dei funerali va innanzi a tutti gli altri crediti.

Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum; sibi enim vigilavit; qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exæqnandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit præripere ceteris post bona possessa, cum jam par condicio omnium creditorum facta esset. L. 2, § 7, D. quae in fr. cr. 42, 8.

Divus Marcus ita edixit: Creditor, qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecunia, quæ credita erit, privilegium exigendi habebit. L. 24, § 1, D. de reb. auct. jud. 42, 5.

Quod quis navis fabricandæ vel emendæ vel armandæ vel instruendæ causa... crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum. L. 34, D. eod.

Impensa funeris omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint. L. 45, D. de rel. 11, 7.

II. FONTI DELLE OBBLIGAZIONI.

A. SGUARDO GENERALE.

§. 69.

I. — La più importante fonte di obbligazione è la convenzione. La promessa di una prestazione obbliga ad essa non di per sè come esterna manifestazione della volontà del promittente, ma in unione colla volontà ad essa diretta dall'altra parte, a cui si sottopone il promittente con la sua promessa. Però la promessa *(pollicitatio)* obbliga di per sè:

1) Di fronte agli Dei come *votum.*

2) Di fronte al comune come promessa di un contributo a pubblico scopo, quando essa avvenga per una causa determinata, o ne sia stata incominciata l'esecuzione.

Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum. — Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est; si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum vel ob aliam justam causam, tenebitur ex pollicitatione; sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus; et ita multis constitutionibus et veteribus et novis continetur. Item si sine causa promiserit, cœperit tamen facere, obligatus est qui recipit. — Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. L. 3 pr., L. 1, § 1, 2; L. 2 pr. D. de poll. 50, 12.

II. — Come contratto *(contractus)* non obbliga qualunque unione fatta in qualsiasi forma: occorre per lo più o una determinata forma o una determinata causa di essa. Come tale causa appare la prestazione dell'altra parte che generalmente per la sua accettazione importa l'obbligo della prestazione contraria, mentre l'unione di certe prestazioni reciproche è come tale obbligatoria per qualunque parte. In quanto perciò l'origine di un vincolo contrattuale nasce talora dalla forma, tal altra dalla causa loro, così i contratti obbligatorii si dividono in *formali* e *causali:* ma in quanto la causa da cui ha origine una obbligazione, è talora una vera prestazione data, e talora un

semplice accordo di un determinato contenuto, i contratti sono obbligatorii:

1) parte per la loro forma *(verbis, litteris)* come contratti formali, parte

2) A mezzo di una prestazione *(re)* come contratti reali, parte finalmente

3) In forza del loro speciale contenuto, che eleva l'accordo a contratto obbligatorio *(consensu)* come contratti consensuali.

Il contratto formale è un *negotium stricti juris*, il contratto consensuale è *bonæ fidei:* il contratto reale nel solo caso del mutuo è *stricti juris*, negli altri è *bonæ fidei.* Qualunque altra convenzione come *nudum pactum* non è obbligatoria a meno che come determinazione accessoria di un *bonæ fidei negotium*, non ne divenga parte essenziale. Il numero delle convenzioni producenti di per sè obbligazione fu allargata dall'editto pretorio *(pacta prætoria)* e da ordinanze imperiali (cosidetti *pacta legitima):* così per quello nel *constitutum debiti* o nell'assunzione contrattuale della soddisfazione di una prestazione dovuta: (§ 83. I) sotto Giustiniano nella donazione seguìta mediante la promessa contrattuale di una prestazione.

Obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Et primus videamus de his, quæ ex contractu nascuntur. Harum autem quatuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu. Gai. III, 88, 89.

Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt quædam exceptiones. Quæ pariunt actiones, ... transeunt in proprium nomen contractus ut emtio venditio etc. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem, utpota dedi tibi rem ut mihi aliam dares... Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Quin imo interdum format ipsa actionem, ut in bonæ fidei judiciis; solemus enim dicere pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis. L. 7 pr. § 5, D. de pact. 2, 14.

Legitima conventio est, quæ lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuvatur. L. 6, D. eod.

III. — Accanto ai contratti e ai delitti sono fonti di obbligazioni anche una serie di rapporti, i quali per un'analogia con quelli sono efficaci, il cui effetto è ora simile a quello dei *contratti*, ora a quello dei *delicta*. Alle obbligazioni nascenti *ex contractu* e *ex delicto*, si aggiungono quelle nascenti *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*. Mentre è tenuto *ex delicto* chi è obbligato per una sua azione illegale, antigiuridica, è tenuto *quasi ex delicto* chi per una omissione giuridica, è obbligato, come se ne avesse colpa. È tenuto *ex contractu* chi ha assunto un'obbligazione contrattuale: invece è tenuto *quasi ex contractu* chi si trova in un rapporto, in forza di cui appare giusto che egli sia tenuto anche senza contratto, come se avesse consentito a un contratto.

Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. Pr. J. de obl. quasi ex contractu. 3, 27.

Quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem etc. exerceret. § 3, J. de obl. quæ quasi ex delicto nascuntur, 4, 5.

B) *Contratti e fatti di effetto simile.*

I. IL NEXUM.

§ 70.

1. — *Nexum* è lo stabilirsi di un debito esecutivo in danaro *per æs et libram*. Poichè presso gli antichi oggetto dell'esecuzione era la persona del debitore, la di cui totale esistenza giuridica e naturale era abbandonata alla disposizione del creditore; in contrapposto quindi della *mancipatio*, o sottoposizionedi una cosa al dominio altrui, il *nexum* era la sottomissione di una particolare persona, alla potestà del creditore pel caso del suo non seguito pagamento, il cui ritardo produceva per il creditore l'effetto di acquistare come *nexus*, *servo del debito* il debitore e di privare questo dell'esistenza o della libertà: più tardi per una *lex Pœtelia* l'autorità del creditore di di-

sporre del debitore fu limitata al suo patrimonio e perciò veramente non fu proibito il *nexum,* ma venne escluso il legame personale del debitore (§ 40).

II. — Come originariamente la *mancipatio* si effettuava in presenza dell'alienante con un'affermazione giuridica, concepita in una determinata forma, dell'acquirente, il quale pesava il prezzo di compera, così probabilmente il *nexum* (benchè la sua formola non ci sia stata trasmessa) si effettuava mediante una *damnatio* del creditore che pesava il denaro come mutuo, la quale *damnatio* per la forza sua era simile alla *condemnatio* giudiziale, sicchè veniva esclusa la possibilità di far dipendere l'esecuzione del debito, impugnandolo, dall'esame e dalla decisione del giudice. L'efficacia del *nexum* fu originariamente uguale a quella della *mancipatio,* tanto per la forma determinata del suo effettuarsi mediante una solenne constatazione di testimonii, quanto per la determinata causa del debito (prestazione di danaro) che si effettuava dinanzi ai testimonii e sotto il controllo di un *libripens*. Quando perciò il diritto più recente divise i contratti in *formali* e *reali*, il *nexum* contenne in sè i criterii degli uni e degli altri, in guisa che la causa reale del debito (il pesare del danaro) appartenne alla forma del contratto, e questa consisteva nella solenne e pubblica constatazione di questa causa del debito e delle conseguenze che nascevano.

III. — Come la *mancipatio* consisteva in una compra immaginaria, il *nexum* consisteva in un mutuo immaginario, sicchè nel suo effettuarsi non si aveva una vera e propria effettuazione di un mutuo, ma soltanto l'esibizione esteriore di esso. (§ 84). Il *nexum* divenne perciò indipendente dalla particolare causa del debito, che poteva essere qualunque, e fu un mero contratto formale. Ma il *nexum,* non più in tal guisa contrassegnato dalla speciale causa del debito, perse mediante la *lex Vallia* anche l'efficacia particolare che lo segnalava fra gli altri contratti di debito: in quanto ormai esso non si distingueva più dalla *stipulatio,* divenuta di uso generale, che per la particolare solennità e circostanziamento della sua forma, esso cadde fuori d'uso.

Nexum Mamilius scribit omne quod per libram et æs geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quæ per æs et libram fiant, ut obligentur, præter quæ mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quærit;

nam ideo, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab ære obæratus. Hoc C. Popilio auctore... sublatum ut fieret. Varro de ling. Lat. 7, 105.

Eo anno plebei Romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt; mutatum autem jus ob unius feneratoris simul libidinem simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se T. Publilius ob æs alienum paternum nexum dedisset, quæ ætas formaque misericordiam elicere poterat, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt... Victum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei; jussique consules ferre ad populum, ne quis nisi qui noxam meruisset, donec pænam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur, pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti cautumque in posterum ne necterentur. Liv. 8, 28.

Nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per æs et libram geritur, idque necti dicitur, quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Nexum æs apud antiquos dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur. Festus s. v.

Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in l. II de officio Icti, nomina certa nominibus propriis pronuntiatia: CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE, VTI LINGVA NVNCVPASSIT, ita ut nominavit locutusve erit, ITA JVS ESTO. Festus s. v.

II. CONTRATTI FORMALI.

§ 71.

I. — Mentre al *nexum* era essenziale originariamente una particolare *causa debiti* e sempre la pubblicità dell'accordo (fra le parti), la *stipulatio* o *verborum obbligatio* è un contratto il quale veramente esige la presenza personale e l'espressa dichiarazione dei contraenti, ma non abbisogna mai di quella pubblicità nè di una determinata cagione del debito. La forza obbligatoria nascente dalla promessa fatta dal debitore qui resulta da ciò, che tale promessa è accettata dall'avversario nella piena determinazione del suo contenuto: il creditore precisa il contenuto del contratto, a cui si sottopone il debitore per propria volontà. Perciò:

1) La forma è quella di una domanda e risposta verbale: ne ha bisogno di più ampie formalità. Particolarmente non è essenziale l'uso di determinate parole. Apparisce come forma originaria e spe-

cifica pei Romani la *sponsio*: in qualunque altra forma la *stipulatio* appartiene al *jus gentium* e può perciò essere concepita in idioma diverso dal latino.

2) Il contenuto è un obbligo strettamente unilaterale; le parti di creditore e debitore sono opposte in modo specialissimo l'una all'altra; e veramente così che al creditore spetta l'iniziativa; dalla sua azione ha il nome la *stipulatio;* egli è lo *stipulator* (cioè pattuisce per sè qualche cosa) in contrapposto al *promissor*.

3) Per lo stabilirsi *formale* del suo resultato, il vincolo, che nasce, è sostanzialmente indipendente dalla sua origine o scopo.

Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit. L. 5, § 1, D. ht. (45, 1).

Sed hæc quidem verborum obligatio, « dari spondes? spondeo » propria civium Romanorum est; ceteræ vero juris gentium sunt. Gai III, 93.

Si aveva uso di aggiungere alla stipulazione avvenuta un documento (*cautio*) per sicurezza della prova: come era essenziale al *nexum* la presenza dei testimonii, così si richiese nella stipulazione la prova per mezzo di documenti. Mentre però originariamente il documento dell'atto della stipulazione consisteva nella forma a lei propria della domanda e della risposta, venne più tardi in essa riferito il contenuto del contratto fatta astrazione dalla sua forma, pur che fosse riferito il suo effettuarsi. Già verso la fine del terzo periodo si stava contenti a questa prova documentaria della stipulazione, senza occuparsi del suo effettivo avvenimento, quando soltanto le parti erano presenti insieme. In quanto ora l'avvenimento effettivo della forma della stipulazione si faceva sempre più raro nell'uso, non solo fu espressamente sancito da Leone I che il consenso potesse manifestarsi *quibuscumque verbis*, ma oltracciò fu stabilito da Giustiniano, che l'attestazione contenuta nel documento sulla personale presenza delle parti, dovesse ritenersi per vera, benchè fosse concessa a una parte la prova di essere stata assente durante tutto il giorno citato.

Emptor stipulatur prisca formula sic: Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse..... habereque recte licere, hæc sic recte fieri spondesne? Varro de re rust. II, 2, 6.

Lecta est... cautio hujusmodi: Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Mævio quindecim mutua numerata mihi de domo, et hæc quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Publius Mævius, spopondi ego Lucius Titius. L. 40, D. de r. or. 12, 1.

Quod si scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit. Paul. V, 7, § 2.

Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositæ sint, legibus cognitæ suam habeant firmitatem. L. 10, C. de contr. stip. 8, 37.

Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est, sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non præsentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsareenses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas, quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse. § 12, J. de inut. stip. 3, 19.

II. — Di un'applicazione più limitata che non l'*obbligatio verborum*, è la *litterarum obligatio*. Essa consiste nella *expensi latio*, cioè nella trascrizione del valore di un credito pecuniario, da qualunque causa derivi, nei libri di famiglia (*codices accepti et expensi*) del creditore fra le spese. La somma trascritta diviene con ciò oggetto di un credito della stessa natura, come se fosse stabilito mediante il pagamento del suo valore a colui che è trascritto come ricevente. La trascrizione, che presuppone naturalmente una volontà consenziente di quella persona, cui è diretta, può anche seguire a nome di una persona diversa dal debitore originario; essa quindi come *transcriptio a re in personam* pone in luogo della causa del debito originario la trascrizione del nome del creditore, come *transcriptio a persona in personam* pone in luogo di un debitore un altro. Si deve distinguere dal *nomen transcripticium* il *nomen arcarium* o la trascrizione di un pagamento effettivo, la quale constata un debito come nascente da quel pagamento, mentre il *nomen transcripticium* presta al debito trascritto lo stesso carattere giuridico che avrebbe se esso fosse stabilito mediante il pagamento alla persona trascritta. Verso la fine del

terzo periodo con il costume dei libri di famiglia uscì di pratica anche lo stabilirsi di questi *debiti litterali.*

Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis, fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod tu ex emtionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te pro se delegaverit mihi. Alia causa est eorum nominum, quæ arcaria vocantur: in his enim rebus non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniæ rei facit obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere. Unde non proprie dicitur, arcaris nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur; quod genus obligationis juris gentium est. Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quæritur, quia quodammodo juris civilis est talis obligatio: quod Nervæ placuit, Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari. Gai III, § 128-133.

III. CONTRATTI REALI.

§ 72.

I. — Il principio dei contratti reali, che cioè l'obbligazione ad una controprestazione nascente dal ricevimento di una prestazione sussista senza una formale assunzione giuridica di essa, è venuto solo a poco a poco a riconoscersi generalmente. Originariamenie si aveva una esclusiva applicazione di tal principio nell'obbligo alla restituzione, nascente dalla consegna di una cosa. La consegna potea essere o tradizione di cose fungibili in dominio altrui con l'obbligo della restituzione *in genere*, o il confidare determinate cose con l'obbligo di restituirle illese ed in ispecie. Quest'ultima è talora cessione del possesso giuridico a titolo di pegno, talora della semplice detenzione a scopo o di proprio uso o di custodia per il confidante. I più antichi contratti reali, che avevano originariamente forza obbligatoria, sono quindi il *mutuum* che è *negotium stricti juris* e il *pignus*, il *com-*

modatum e il *depositum* che sono *n. bonæ fidei*. Come il mutuo è simile al *nexum*, così questi *bonæ fidei negotia* sono simili al *pactum fiduciæ* fondato con la *mancipatio* (§ 63. II), come alla *fiducia cum creditore*, quale forma più debole di oppignorazione corrisponde il pegno, così alla *fiducia cum amico* il *commodatum* e il *depositum* nei quali la detenzione si considera rispettivamente come ceduta o assunta per compiacenza verso l'altra parte. La ricompensa del servizio prestato è contraria al concetto del *commodatum* e del *depositum*.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. — Item is, cui res aliqua utenda datur id est commodatur re obligatur. — Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat, namque non ita res datur, sit ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. — Præterea et is, apud quem res aliqua deponitur... creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur.
Tit J. quib. mod. re contrahitur obligatio. 3, 14.

II. — Il *mutuum* o prestito nasce dalla trasmissione del dominio di cose fungibili e obbliga alla restituzione del dominio di cose fungibili del medesimo genere e bontà. In quanto l'obbligazione nasce da questa tradizione *(re)* e un allargamento di essa per un *pactum adiectum* non è possibile nel mutuo come *stricti juris negotium*, non può l'obbligo salire ad un valore maggiore di quello ricevuto, sicchè particolarmente per stabilire le usure occorre la stipulazione. L'azione, che fonda il mutuo, è sempre una *condictio* e veramente nei casi di mutuo in danaro è una *condictio certi*, negli altri casi una *condictio triticaria* che ha ricevuto il nome dal caso del mutuo di frumento (§ 68. II. A). Sotto Vespasiano fu dal Senatusconsulto Macedoniano proibito il mutuo in denaro fatto ai *filii familias*, alla cui ripetizione si opponeva un *exceptio Sc. Macedoniani*, senza però escludere gli effetti di un'*obligatio naturalis*.

Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus; nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quam specie. L. 2 pr., § 1, D. de reb. cr. 12, 1.

Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso jure debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus, amplius quam decem condici non posse. L. 11, § 1 D. eod.

Verba senatusconsulti Macedoniani hæc sunt: CUM INTER CETERAS SCELERIS CAUSAS MACEDO, QUAS ILLI NATURA ADMINISTRABAT, ETIAM ÆS ALIENUM ADHIBUISSET, ET SÆPE MATERIAM PECCANDI MALIS MORIBUS PRÆSTARET, QUI PECUNIAM, NE QUID AMPLIUS DICERETUR, INCERTIS NOMINIBUS CREDERET, PLACERE, NE CUI, QUI FILIOFAMILIAS MUTUAM PECUNIAM DEDISSET, ETIAM POST MORTEM PARENTIS EJUS, CUJUS IN POTESTATE FUISSET, ACTIO PETITIOQUE DARETUR, UT SCIRENT, QUI PESSIMO EXEMPLO FÆNERARENT, NULLIUS POSSE FILII FAMILIAS BONUM NOMEN EXPECTATA PATRIS MORTE FIERI. L. 1 pr. D. de SC. Mac. 14, 6.

III. — Il pegno, il commodato, e il deposito non solo fondano contro all'accipiente una *directa actio pignoraticia, commodati depositi* per ottenere la restituzione e il risarcimento per suo ritardo o per l'uso illecito, ma anche contro all'altra parte un'*actio contraria* a scopo del risarcimento dell'accipiente per le spese che gli ha cagionato la cosa e pei danni che essa ha sofferto per colpa dell'altra parte. La cosa oppignorata diviene del compratore per la seguìta vendita del pegno, dopo l'estinzione del vincolo di pegno; la cosa commodata deve restituirsi alla fine del tempo per cui fu data, o al cessare dell'uso pel quale fu concessa, la cosa deposta deve rendersi ad ogni richiesta: l'*actio depositi directa* importa infamia.

Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuitu casu amiserit, quod accepit... nihilominus obtigatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur... sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur. — Et is, apud quem res aliqua deponitur... ex eo solo tenetur. et si quid dolo commiserit, § 2, 3, J. q. m. re 3, 14.

Ea, quæ diligens pater familias in suis rebus præstare solet, a creditore exiguntur. L. 14, D. de pig. act. 13, 7.

IV. — Al tempo degli imperatori fu a poco a poco stabilito il principio che non solo in singoli determinati casi, ma generalmente per l'effettuarsi di una prestazione divenisse pure giuridicamente obbligatoria la contro prestazione. In quanto però l'oggetto dell'obbliga-

zione e al tempo stesso la causa del debito è un *dare* o un *facere*, si ebbero quattro classi di così detti *contratti innonimati*, DO UT DES, DO UT FACIAS, FACIO UT DES, FACIO UT FACIAS. Essi generano un'*actio præscriptis verbis*, o una *civilis in factum actio*, la quale appartiene alle *actiones in jus conceptæ* (§ 36, B. 1) ed è *in factum* solamente in quanto la designazione di determinate singole convenzioni, non nasce qui, come nei contratti nominati da un rinvio a un determinato e giuridicamente stabilito concetto del contratto.

Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quæ in factum appellantur. Sed ne res exempli egeat, paucis agam. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit, Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit; sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio; nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est, in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt. L. 1-3, D. præscr. v. 19, 5.

Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent ut in emtione venditione, conductione, mandato. L. 1, § 2, D. de rer. perm. 19, 4.

IV. CONTRATTI CONSENSUALI.

a) *Generalità. Mandatum* e *Societas*.

§ 73.

I. — Il diritto Romano ha solo in determinati casi riconosciuto obbligatorio di per sè l'accordo in qualsivoglia forma avvenuto, e ciò veramente parte a cagione della particolare buona fede in essi contenuta, parte a causa della particolare importanza economica di quei contratti, i quali hanno per oggetto il ricambio di una prestazione qualsiasi con un equivalente in danaro.

A) A cagione della *fides* che vien dimostrata mediante essi obbligano il *Mandatum* e la *Societas.*

1) All'affidare una cosa in deposito è grandemente simile l'affidare il maneggio di un affare (*mandatum*), mediante la cui accettazione come mediante quella del *depositum* vien reso un servizio gratuito all'altra parte, e dal quale nasce un'*actio directa mandati* a favore del mandante, mentre si ha un'*actio contraria* verso di lui.

2) A cagione della confidenza reciproca che nasce da essa, è obbligatoria la *societas* o unione di più individui per uno scopo comune, sia questo di affari o di beni: la società fonda a favore di ciascun socio la *actio pro socio.*

La natura del *mandato* e della *società* come rapporti di fiducia e di fedeltà ha per conseguenza che essi non si trasmettono per eredità, e che la mancanza della fede in forza di essi dovuta porta l'infamia.

B) In contrapposto a questi contratti di fedeltà stanno i contratti di correspettività, nei quali ciascuna parte procaccia il proprio vantaggio opposto a quello dell'altra parte: essi sono l'*emtio venditio* e *locatio conductio;* i quali fondano per ciascuna parte un credito diverso che equivale a quello dell'altra parte (*actio locati-conducti, emtivenditi*).

1) In quanto la locazione (*locatio*) ha per oggetto la cessione di cose o l'assumersi servigii contro un equivalente in denaro, essa per la prestazione dovuta da una parte è simile in parte al mandato e in parte al commodato dai quali differisce per la ricompensa dovuta all'altra parte.

2) La compra e vendita (*emtio-venditio*) nella sua forma primitiva che si aveva nella *mancipatio,* o vendita apparente, non era una promessa di prestazioni reciproche, ma piuttosto un acquisto di oggetti vendibili mediante il pagamento del prezzo loro. Ma venendosi col tempo a riconoscere che tanto il venditore quanto il compratore potevano rilasciare l'uno presso all'altro il prezzo e gli oggetti venduti, sicchè la vendita seguiva invece che per un'effettiva cessione, per la promessa di essa, l'*emtio-venditio* venne a significare l'obbligazione alla reciproca consegna di una somma di denaro da una parte e di un valore patrimoniale dall'altra. Siccome però l'esecuzione della vendita poteva essere posteriore o contemporanea alla conclusione del contratto, così i nomi di *emtio* e *venditio* poterono significare non solo il

contratto di compera come tale, ma anche il contratto stesso effettuato mediante la consegna reale.

II. — Il *mandatum* importa nel mandatario l'obbligo di trattare con diligenza il negozio ricevuto e di comunicarne il resultato al mandante, importa nel mandante l'obbligo di rilevare indenne il mandatario: il diritto ad una ricompensa è estraneo al concetto del mandato. Tanto l'affidamento quanto l'accettazione del mandato sono revocabili.

Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit. — Quodsi tua tantum gratia tibi mandem... magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium. — Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur. — Impendia mandati exequendi gratia facta, si bona fide facta sint, restitui omne modo debent. — Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero... extinctum est mandatum finita voluntate. — Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet nisi renuntiatum sit. — Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est. — Morte quoque ejus, cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum. L. 1, § 4, L. 2 sqq. D. ht. 17, 1.

III. — *Societas* è un'unione che ha per oggetto una comunione di beni o di negozii con maggiore o minore estensione. Lo scopo comune, in forza del quale sussiste la comunione, può esser vario, ma non deve essere illecito. Se esso consiste in un guadagno pecuniario, si ha una società di lucri.

Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius... sive etiam rei unius. L. 5 pr. D. pro socio 17, 2.

A) La società obbliga ciascun socio:

1) Alla prestazione del contributo pattuito. Nell'unione universale di beni qualunque acquisto diventa senza più di dominio comune (mediante il *constitutum possessorium* V. sopra § 54, II, A).

In societate omnium bonorum omnes res, quæ coëuntium sunt, continuo communicantur, quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. L. 1 § 1, L. 2, D. eod.

2) Alla repartizione proporzionale del profitto e alla partecipazione alla perdita, che è resultato dall'impresa comune. In dubbio sono uguali le quote di tutti i socii. Nessuno può essere escluso dalla partecipazione al guadagno, può però essere escluso dalla partecipazione alla perdita.

Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen æquiis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressæ fuerint, velut in lucro, in altero vero omissæ, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt. Gai III, § 150.

Aristo refert Cassium respondisse, societatem talem ociri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse... ex qua quis damnum non etiam lucrum spectet. L. 29, § 2, D. ht.

3) A prestare negli affari della società quella diligenza *quam in suis rebus adhibere solet.*

Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est desidiæ atque neglegentiæ, culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. L. 72, D. ht.

B) La società si scioglie per morte o per ritiro di un socio, come anche di regola (a causa della consumazione processuale V. § 39, I, A) per l'iniziamento dell'*actio pro socio*, con la quale un socio reclama ciò che gli spetta come resultato dell'unione. La divisione del patrimonio posto in comunione mediante il contratto non è oggetto di questa azione.

Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte; res vero, cum aut nullæ relinquantur, aut condicionem mutaverint, neque enim ejus rei, quæ jam nulla sit, quisquam socius est, neque ejus, quæ consecrata publicatave sit, voluntate distrahitur societas renuntiatione. — Nonnunquam necessarium est, et manente socie-

tate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est, propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate, nec refertur in medium, quod ad alterum pervenerit. L. 63, § 10, L. 65, § 15, D. ht.

Communi dividundi judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo judicium, si res communis non sit. L. 1, D. comm. div. 10, 3.

b) *Emtio venditio.*

§ 74.

I. — *Emtio venditio* è il pattuire del ricambio di una somma di denaro con un qualunque altro valore patrimoniale. La compravendita si distingue

1) Mediante la necessità dell'equivalente in denaro dalla *rerum permutatio* o permuta, la quale, come contratto innominato per la sua esecuzione fatta da una parte diviene obbligatoria di fronte all'altra. Il prezzo deve essere un *pretium certum*, cioè deve essere determinato obbiettivamente nel suo ammontare con qualsiasi criterio: se esso può venir determinato da qualche circostanza, il cui avverarsi non è certo, anche l'esistenza della compra e vendita dipende dall'avverarsi di quella circostanza. In generale invece non basta lo stabilirsi di un prezzo giusto (*justum pretium*). Però Diocleziano accordò al venditore nel caso della *læsio enormis* cioè *ultra dimidium* il diritto di rescissione, quando il compratore non voglia soddisfare quanto manca al valore effettivo.

Origo emendi vendendique a permutationibus cœpit; olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. L. 1 pr. D. de contr. emt. 18, 1.

Illud constat, imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emtum. L. 35, § 1, eod.

Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias auctoritate judicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. L. 2 C. de resc. vend. 4, 44.

2) Per l'oggetto della vendita cioè per l'alienazione dovuta dal venditore, l'*emtio* si distingue dalla *locatio*. L'oggetto della compra può essere anche una cosa futura. Se questa è tale che la sua esistenza dipenda dal venditore, egli ha l'obbligo di procacciarla. Se all'incontro l'esistenza della cosa venduta dipende da un'altra circostanza, essa è venduta condizionatamente pel caso che essa venga ad esistere. Va distinta questa *emtio rei speratæ* dall'*emptio spei* o cessione della speranza di un valore patrimoniale che può nascere, in correspettivo di una prestazione in danaro, indipendente dal realizzarsi di tale speranza.

Nec emtio nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi: et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex emto agi posse. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur; emtio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emtio est, et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. L. 8, D. contr. emt.

II. — La compra vendita obbliga il venditore:

1) Alla consegna del valore patrimoniale venduto, unitamente a tutti i vantaggi prodotti da esso dopo la vendita (*commodum rei*): il compratore non diventa proprietario che dopo il pagamento del prezzo o il consentimento alla dilazione di tal pagamento.

Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere, quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. L. 11, § 2, D. act. emt. 19, 1.

Id, quod post emtionem fundo accessit per alluvionem, vel periit, ad emtoris commodum incommodumque pertinet; nam et si totus ager post emtionem flumine occupatus esset, periculum esset emtoris; sic igitur et commodum ejus esse debet. L. 7 pr., D. de per. 18, 6.

Si post contractam emtionem... partus editus, aut aliquid per servum venditori adquisitum est,... judicio emti consequitur. L. 4, § 1, D. de usur. 22, 1.

Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione. L. 49, D. de contr. emt.

2) Il venditore doveva garantire che il possesso e il godimento della cosa venduta non sarebbero stati tolti da un terzo al compratore in forza di un diritto. Se la compra avveniva per la *mancipatio*, cui poteva esigere il compratore di una *res mancipi*, l'evizione o spoglio dava luogo all'*actio auctoritatis* per il doppio del prezzo di compera contro il venditore, perchè questi non aveva con successo difeso il compratore contro l'azione dell'evincente. In qualunque compra di oggetti più preziosi (*res pretiosiores*) il compratore potè richiedere la *stipulatio duplæ* e finalmente la prestazione dell'*habere licere* si considerò come oggetto immediato del contratto di compra e vendita

Si verbi gratia ex emto agamus ut nobis fundus mancipio detur... Gai IV, 131 a.

Res emta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur. Paul. II, 17, § 3.

Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit, non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. Quod autem diximus, duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quæ pretiosiores essent, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel quid aliud non contemtibile veneat. L. 37, pr. § 1, D. de evict. 21, 2.

Evicta re ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id, quod interest, competit; ergo et si minoris esse cœpit, damnum emtoris erit. L. 70 D. eod.

3) Per una determinata qualità dell'oggetto della compera, il venditore è tenuto soltanto nel caso di dolo o di garanzia prestata nel

contratto. All'incontro i vizii essenziali della cosa per l'editto edilizio danno al compratore la scelta fra la rescissione, che può far valere con l'*actio redhibitoria* entro sei mesi dalla conclusione del contratto, e la richiesta della corrispondente diminuzione di prezzo, che può pretendere con l'*actio quanti minoris* entro l'anno. Oggetto immediato dell'Editto era il commercio del mercato e soltanto l'acquisto degli schiavi e del bestiame: però le sue prescrizioni per analogia furono elevate parte integrante del Diritto di compra e vendita.

Ajunt ædiles: QUI MANCIPIA VENDUNT, CERTIORES FACIANT EMTORES, QUID MORBI VITIIVE CUIQUE SIT, QUIS FUGITIVUS ERROVE SIT, NOXAVE SOLUTUS NON SIT; EADEMQUE OMNIA, CUM EA MANCIPIA VENIBUNT, PALAM RECTE PRONUNTIANTO, QUOD SI MANCIPIUM ADVERSUS EA VENISSET, SIVE ADVERSUS QUOD DICTUM PROMISSUMVE FUERIT, CUM VENIRET, QUOD EJUS PRÆSTARI OPORTERE DICETUR, EMTORI OMNIBUSQUE, AD QUOS EA RES PERTINET, JUDICIUM DABIMUS, UT ID MANCIPIUM REDHIBEATUR. — Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succuratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint; dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quæ ædiles præstari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor; neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate.

Aediles ajunt: QUI JUMENTA VENDUNT, PALAM RECTE DICUNTO QUID IN QUOQUE EORUM MORBI VITIIVE SIT... SI QUID ITA FACTUM NON ERIT, DE... INEMPTIS FACIENDIS IN SEX MENSIBUS, VEL QUO MINORIS, CUM VENIRENT, FUERINT, IN ANNO JUDICIUM DABIMUS, SI JUMENTA PARIA SIMUL VENIERINT, ET ALTERUM IN EA CAUSA FUERIT, UT REDHIBERI DEBEAT, JUDICIUM DABIMUS, QUO UTRUMQUE REDHIBEATUR. Loquuntur ædiles in hoc edicto de jumentis redhibendis. Causa autem hujus edicti eadem est, quæ mancipiorum redhibendorum.

L. 1, § 1, 2, L. 38 pr. — § 2 D. de aed. ed. 21, 1.

III. — Il compratore deve pagare il prezzo, cioè renderne proprietario il venditore: gli interessi decorrono dal momento della consegna della cosa. Qualunque parte può far valere l'obbligo dell'altra solo nella presupposizione ch'essa stessa sia pronta al soddisfacimento dell'obbligo suo. Sebbene l'obbligazione del venditore si sciolga per la distruzione, a lui non imputabile, dell'oggetto, non però si estingue quella del compratore: dal momento che il contratto è perfezionato è suo tanto il *commodum* che il *periculum* della cosa.

Emtor autem nummos venditoris facere cogitur. L. 11, § 2, D. de act. emt. 19, 1.

Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. L. 13, § 8, D. de act. emt.

Periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumtæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit: emtoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere; quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. § 3, J. ht. 3, 23.

c) *Locatio conductio.*

§ 75.

I. — *Locatio conductio* è quel contratto mediante il quale di fronte a un equivalente in denaro, si rilascia temporaneamente l'uso di una cosa (*locatio rei*), o si assume il compimento di un lavoro. Se oggetto della *locatio* è il compimento di un lavoro, può aversi o una *locatio operarum* o una *locatio operis*, secondochè oggetto di essa è soltanto un determinato modo di lavoro oppure la lavorazione di un oggetto lasciato dall'altra parte a tale scopo. In quanto qui la cosa da lavorarsi è un oggetto della confidenza in colui che assume il lavoro, e della restituzione, così la *locatio operis* apparisce esteriormente come *locatio rei*, nella quale qui, in contrapposto della *locatio operarum*, l'assuntore del lavoro si chiama *conductor seu redemptor operis*, e chi affida il lavoro *locator operis*. In quanto però lo affidare la cosa a scopo di un lavoro obbligatorio per il ricevente si distingue dallo affidarla a scopo di un godimento del ricevente per questo che esso avviene nell'interesse del confidante, così qui, in contrapposto a tutti gli altri casi di locazione, il *locator* è colui che deve all'altra parte un equivalente in denaro. Se gli oggetti necessari all'effettuazione dell'*opus* non sono almeno in parte provveduti dal committente non si ha una *locatio*, ma una compra e vendita.

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque juris regulis constitit: nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quæri soleat, utrum emtio et venditio sit an locatio et conductio, ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certæque formæ et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emtio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emtionem et venditionem esse, quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit. L. 2, D. ht. 19, 2.

Opere locato conducto, his verbis Labeo significari ait id opus, quod Græci *ἀποτέλεσμα* vocant, non *ἔςγον*, id est ex opere facto corpus aliquid perfectum. L. 5, § 1, D. de v. s. 50, 16.

II. — La *locatio rei* ha a comune coll'*emtio venditio* l'obbligo di procurare un determinato oggetto, ma se ne distingue per ciò ch'essa è semplice concessione di un uso temporaneo.

A) Essa obbliga *il locatore*;

1) Alla concessione o soltanto del godimento di una cosa (nolo) o dei suoi frutti ancora (affitto). L'affitto perciò racchiude in sè una vendita dei frutti. Sono oggetto possibile di affitto anche i diritti, il cui soddisfacimento apporta un provento periodico, tale è per esempio il caso dell'appalto di rendite pubbliche.

2) Come la compra-vendita oltre alla cessione obbliga alla garanzia dell'*habere licere*, così la locazione oltre che alla concessione obbliga alla garanzia dell'*uti frui licere*.

Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait,nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei præstetur, frui quod conduxit licere. L. 9 pr., D. ht.

B) Il conduttore deve:

1) Nella misura del godimento a lui concesso (sicchè a lui non fa carico il *periculum* della cosa) prestare il convenuto correspettivo, che può consistere, nell'affitto, o in denaro o nei frutti della cosa: disgrazie straordinarie danno all'affittuario il diritto a una remissione della mercede.

Si vis tempestatis calamitosæ contigerit, an locator conductori aliquid præstare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere ait, ut puta fluminum, graculorom, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, hæc damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptæ sint. Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri præstare cogatur; sed et si uredo fructum oleæ corruperit, aut solis fervore non adsueto in acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse: idemque dicendum, si exercitus præteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terræ motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum præstari conductori, ut frui possit. — Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest, conductur consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata; supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur. L. 15, § 2, 7, D. ht.

2) Il conduttore deve mantenere la cosa e restituirla in buono stato con la fine del rapporto di affitto o di nolo, come pure deve pagare un compenso per qualunque negligenza.

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono et æquo debet præstare, qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, quam si præstiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. § 5, J. ht. 3, 24.

C) Il rapporto si scioglie per il trascorso del tempo determinato, e per la disdetta, se fu stabilito per un tempo indeterminato: la continuazione e la tolleranza dell'uso dopo trascorso il tempo del nolo o dell'affitto agisce come *relocatio tacita.*

Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat condictioni præstitutum, sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri

locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est, in urbanis autem prædiis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. L. 13, § 11, D. h. t.

5. OBLIGATIONES QUASI EX CONTRACTU.

§ 76.

I. — Per analogia del credito di mutuo, genera anche senza contratto una *condictio sine causa* diretta alla restituzione, quell' incremento patrimoniale a spese di un altro il cui compenso esige l'equità, mancando quell'incremento di una causa che lo giustifichi.

Haec conditio ex bono et æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit. L. 66, D. de cond. ind. 12, 6.

A) Per il *modo* della sua origine un guadagno è senza causa, se è avvenuto o per un atto *antigiuridico* o per una circostanza *fortuita* che produca un dissesto di patrimonio mancante della giustificazione materiale (cfr. p. es. § 54, V. A, C). La *condictio* fondata su una *ingiustizia*, nel particolar caso del furto come *condictio furtiva* non presuppone alcun aumento di patrimonio, poichè il *furtum* dà senz'altro luogo all'obbligo stesso come se l'oggetto fosse pervenuto nel patrimonio del *fur*.

Ex ea stipulatione, quæ per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. L. 7, D. de cond. ob turpem vel injustam causam 12, 5.

Certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere « si paret eum dare oportere », nec enim quod nostrum est nobis dari potest. — Plane odio furum... receptum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur: si paret eos dare oportere. Gai IV, 4.

B) A causa del suo *scopo* un guadagno è senza causa talora perchè quello scopo è una *injusta* o *turpis causa*, talora nel caso

di una *justa causa,* perchè questa non fu *realizzata* mediante la dazione seguita a suo riguardo.

1) *Iniùsta causa* è lo *scopo di un negozio non riconosciuto dal diritto,* che perciò in tanto fa luogo ad una *condictio* in quanto ad onta della sua invalidità fu eseguito l'affare avuto in mira; *turpis causa* v'è in quelle dazioni, il cui scopo consistente in un atto dell'accipiente fa sembrare vergognosa l'accettazione sua da parte di costui, cioè quelle lo scopo delle quali è l'astensione dell'accipiente da un' azione infame.

Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici, in qua sententia etiam Celsus est. L. 6, D. eod.

Omne, quod datur, aut ob rem datur aut ob causam; et ob rem aut turpem aut honestam; turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. Utputa dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas; in qua specie Julianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. Item si tibi dedero ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum mibi redderes. — Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicatur. L. 1-3, D. eod.

2) Non è attendibile la causa di una dazione, se essa avviene:

a) Nell'erronea credenza di un' obbligazione; se una prestazione vien fatta allo scopo di soddisfare un' obbligazione che non esiste in realtà — nemmeno come *naturalis obligatio* — si ha la *condictio indebiti* diretta alla restituzione di ciò che fu prestato.

Si quis indebitum ignorans solvit — per hanc actionem condicere potest — sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio. L. 1, de cond. ind. 12, 6.

Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest, si paret eum dare oportere ac si mutuum accepisset. Gai III, 91.

b) Il mancare di una circostanza futura presupposta fa luogo alla *condictio causa data causa non secuta* relativamente alla dazione che si dichiarò avvenire nella speranza che quella circostanza si verificasse.

Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam præteritam, veluti cum ideo do quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est. — Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. L. 52, D. de cond. ind. 12, 6.

Fundus dotis nomine traditus, si nuptiæ insecutæ non fuerint, condictione repeti potest L. 7, § 1 D. de cond. causa data causa non secuta. 12, 4.

II. — Per lo smarrimento e danneggiamento degli oggetti affidati direttamente o indirettamente — mediante introduzione nella nave o nell'edifizio — ad un *nauta, caupo* o *stabularius* nell'esercizio del suo mestiere, diretto al trasporto dei passeggieri e all'albergo di persone o di bestiami, il pretore dava l'*actio de recepto*, a meno che non vi fosse colpa propria del danneggiato o inevitabile forza maggiore.

Ait prætor: *Nautæ, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant. — Recipit autem salvum fore, utrum si in navem res missæ ei adsignatæ sunt an etsi non sint adsignatæ, hoc tamen ipso quod in navem missæ sunt receptæ videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quæ in navem illatæ sunt, et factum non solum nautarum præstare debere, sed et vectorum sicuti et caupo viatorum et ita de facto vectorum etiam Pomponius Libro trigesimoquarto scribit. Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptæ, sed in litore perierint quas semel recepit, periculum ad eum pertinere. Ait prætor: nisi restituent in eos judicium dabo. Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit; si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto, sed si tota navis locata sit, qui conduxit, ex conducto etiam de rebus, quæ desunt, agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, et locato convenietur; sed si gratis res susceptæ sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta cum sint civiles; nisi

forte, inquit, ideo, ut innotesceret prætor curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstatur, at hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit. Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt. Ceterum si extra negotium receperint, non tenebuntur. L. 1 pr. § 1, 8, L. 2, L. 3, pr. — § 2, D. h. t. 4, 9.

III. — Ogni *comunione giuridica* genera obbligazioni reciproche dei partecipanti, *socii*, sia che si siano riuniti volontariamente con *societas*, sia che senza loro volontà si trovino tra loro in comunione (cosidetta *communio incidens*). Tali obbligazioni si fanno valere colla stessa azione con la quale si chiede lo scioglimento della comunione, il *judicium divisorium*, vale a dire nel caso di una eredità comune con l'*actio familiæ herciscundæ*, altrimenti con l'*actio communi dividundo*.

Ut sit pro socio actio societatem intercedere oportet: nec enim sufficit, rem esse communem nisi societas intercedat. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata item si a duobus simul emta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri (nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sive tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur); ut in conductionibus publicorum, item in emtionibus; nam qui nolunt inter se contendere; solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. Et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur. L. 31-33, D. pro socio 17, 2.

IV. — Chi volontariamente prende cura degli affari altrui è per l'editto pretorio tenuto, con l'*actio negotiorum gestorum directa*, alla coscienziosa cura dell'affare impreso e alla trasmissione del risultato ottenuto colla sua gestione al *dominus negotii*: egli ha una *actio contraria* per la rilevazione dei danni, in quanto la sua gestione era richiesta dall'interesse dell'altro ovvero gli fu realmente

utile e non era contraria alla sua evidente volontà, come anche se corrispondeva alla sua reale volontà o fu poi da lui ratificata.

Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem vel injuria rem suam amittant. — Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem ejus impenderit, vel etiam ipse se in re absentis alicui obligaverit, habeat eo nomine actiones. Itaque eo casu ultro citroque nascitur actio quæ appellatur negotiorum gestorum. Et sane sicut æquum est, ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non, ut oportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet, ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, præstari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel abfuturum est. Ait prætor. *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quæ cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.* L. 1-3, pr. D. h. t. 3, 5.

V. — Altri fatti obbligatori per analogia dei contratti appartengono al diritto di tutela (§ 95, IV, 11) e al diritto di eredità (§ 104).

C) *Lesioni del diritto.*

1. DELITTI.

§ 77.

I. — Il delitto che genera una obbligazione di diritto privato è lesione o della persona o del suo patrimonio. Mentre l'offesa diretta della personalità è sempre volontaria, la lesione del patrimonio è o trattamento volontario dell'altrui patrimonio come proprio o colpevole danneggiamento di un oggetto appartenente al patrimonio altrui. In conformità di ciò i principali delitti del diritto privato romano sono l'*injuria* e il *furtum,* che presuppongono sempre il dolo, come pure il *damnum injuria datum* che richiede soltanto la colpa.

II. — *Injuria*, secondo il significato proprio della parola, è ogni atto contrario al diritto, in senso tecnico quello che vien fatto nell'intenzione di recare personale affronto all'offeso. Ingiuria è quindi

ogni volontario attentato alla integrità del corpo, alla libertà personale e all'onore dell'offeso o dei suoi congiunti, come pure quell'atto danneggiante il suo patrimonio che vien fatto per recargli affronto personale.

Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur. Hoc generaliter: specialiter autem injuria dicitur contumelia. L. 1, pr. D. h. t. 47, 16.

Injuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fustibus cæsus vel etiam verberatus erit, sed et si cui convicium factum fuerit, sive cuius bona quasi debitoris possessa fuerint ab eo, qui intellegebat, nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret; sive quis matrem familiam aut prætextatum prætextatamve assectatus fuerit; sive cuius pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam manifestum est. § 1, I. h. t. 4, 4.

Le dodici Tavole distinguevano:

1) Vituperio pubblico, che tratta l'offeso come privo d'onore, che esse minacciavano di pena capitale.

Nostræ XII tabulæ cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Cic. rep. IV, 10, 12.

2) Lesione corporale, la quale come mutilazione di un membro dava diritto al taglione, come semplice frattura o slogatura di un osso a pretendere un ammenda in danaro di 300 assi.

3) Ogni minore affronto dava luogo a pretendere una multa di 25 assi.

In luogo di queste pene determinate l'Editto pretorio pose l'*actio injuriarum æstimatoria*, esperibile *intra annum*, diretta ad una ammenda da determinarsi secondo la gravità del singolo caso: l'attore doveva proporre la domanda di una somma determinata, la cui mitigazione stava in arbitrio del giudice. Pel caso di ingiurie di fatto questo diritto ebbe sanzione legale da una *lex Cornelia*, che stabiliva inoltre un pubblico castigo (679 a. u.c.).

Pœna autem injuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erit: propter os vero fractum aut conlisum trecen-

torum assium pœna erat statuta, si libero os fractum erat; at si servo CL: propter ceteras vero injurias XXV assium pœna erat constituta. Et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneæ istæ pecuniæ pœnæ esse. Sed nunc alio jure utimur, permittitur enim nobis a prætore ipsis injuriam æstimare, et judex vel tanti condemnat, quanti nos æstimaverimus, vel minoris, prout ei visum fuerit. Gai III, 223, 224.

III. — *Furtum* è ogni appropriazione di un vantaggio mediante trattamento a cui si sa di non aver dritto di una cosa mobile o di una persona che sta sotto la signoria altrui: sia essa appropriazione dell'oggetto stesso o del suo godimento o del suo possesso spettante ad un terzo, e sia essa fatta mediante sottrazione, intercettazione o ricevimento.

Is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si intercipiendi causa occultaverit. Furtum est contrectatio rei fraudolosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve. L. 1, § 1, 2, D. h. t. 47, 2.

Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit. L. 18, D. de cond. furt. 13, 1.

Le XII tavole concedevano il *fur colto sul fatto* al derubato, mentre nel caso di un *furtum nec manifestum* gli davano soltanto il diritto ad una *pena pecuniaria* di valore doppio della cosa rubata. Secondo un' innovazione dell'Editto pretorio anche l'*actio furti manifesti* si diresse al pagamento di una multa, e precisamente del quadruplo valore della cosa rubata. Dall'azione penale (*actio furti*) che spetta ad ogni leso dal *furtum*, deve distinguersi l'azione di risarcimento che insieme spetta al proprietario della *res furtiva* (*condictio furtiva* § 76. A.).

Speciali azioni penali sono dirette:

1) Contro colui che è convinto di aver celato il possesso della cosa rubata, azione diretta al triplo, *actio furti concepti*. Contro colui che gli aveva di soppiatto data la cosa, affinchè fosse trovata presso di lui, egli esercita il diritto di rivalsa mediante l'*actio furti oblati*.

2) Chi si oppone alla perquisizione, è tenuto, se la cosa è trovata presso di lui, come un *fur manifestus* al quadruplo, mediante l'*actio furti prohibiti*. Un' *actio furti non exhibiti* si dirige contro colui che contrastava la recognizione di una cosa trovata presso di lui.

Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur, alii vero ulterius quod eo loco deprehenditur ubi fit..... magis tamen plerique posteriorem (opinionem) probant. — *Conceptum* furtum dicitur, cum aput aliquem testibus prœsentibus furtiva res quæsita et inventa est; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. *Oblatum* furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit, eaque aput te concepta sit; utique si ea mente data tibi fuerit, ut aput te potius quam aput eum, qui dederit, conciperetur, nam tibi aput quem concepta est, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam *prohibiti* furti adversus eum, qui furtum quaerere volentem prohibuerit. Pœna manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat: nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat, utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quærebant. — Postea improbata est asperitas pœnæ et tam ex servi persona quam, ex liberi quadrupli actio prætoris edicto constituta est. Nec manifesti furti pœna per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam prætor conservat. Concepti et oblati pœna ex lege XII tabularum tripli est eaque similiter a prætore servatur. Prohibiti actio quadrupli est ex edicto prætoris introducta. Lex autem eo nomine nullam pœnam constituit, hoc solum præcepit, ut qui quærere velit, nudus quærat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit jubet id lex furtum manifestum esse. Gai III, 183-92.

Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam et inventam non exhibuit, sed hæ actiones, id est concepti et oblati et furti prohibiti nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt, cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fit: merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt. § 4, J. de ob quæ ex del. 4, 1.

IV. — Quanto al danno ingiusto non congiunto coll'appropriazione di un vantaggio, le dodici tavole avevano comminato pene in casi determinatamente indicati: di portata più generale erano le disposizioni della *Lex Aquilia*, plebiscito di epoca incerta. Mentre il suo secondo capitolo era diretto contro l'infedeltà di un creditore aggiunto (*adstipulator*, § 82, II, A.) che con rimessione arbitraria distruggeva il credito, il suo primo e terzo capitolo concerneva il danno recato a cose corporali altrui, mediante un atto materiale diretto (*dannum corpore corpori datum*).

A) Si richiedeva un *dannum injuria datum,* cioè:

1) *Negativamente* che non esistesse alcun *diritto* all'atto dannoso

Si servus servave injuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum habet. Injuria occisum esse merito adicitur; non enim sufficit occisum, sed oportet injuria id esse factum. Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. L. 3, 4, h. t. 9, 2.

2) *Positivamente,* che il danno fosse colposo, sia pure solta n t per *levis culpa.*

Injuria autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem contumeliam quamdam, sed quod non jure factum est, hoc est contra jus, id est, si culpa quis occiderit, et ideo interdum utraque actio concurrit, et legis Aquiliæ et injuriarum; sed duæ erunt æstimationes alia damni, alia contumeliae. Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit. L. 5, § 1, D. h. t.

B) Effetto giuridico del danneggiamento era l'obbligo di risarcire il proprietario:

1) Esso derivava da *damnatio* legittima e nel caso di rifiuto cresceva del doppio.

(Lege Aquilia) cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset. L. 2, § 1, D. h. t.

2) Nel calcolo del danno doveva esser posto a base il più alto valore, che la cosa aveva avuto:

a) Entro l'ultimo anno nel caso del primo capitolo, cioè dell'uccisione di uno schiavo o *quadrupes, pecus.*

Lege Aquilia capite primo cavetur, ut *qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum œs dare domino damnas esto.* L. 2, pr. eod.

b) Entro gli ultimi trenta giorni in tutti gli altri o nei casi del terzo capitolo.

Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: *Ceterarum rerum, prœter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit,*

fregerit, ruperit injuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare danmas esto. Inquit lex: ruperit; rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt, corruperit. L. 27, §, 13 eod.

3) La necessità di rimborsare il valore del danno arrecato era una *pena,* che concerneva ciascun partecipante al danneggiamento.

Et si cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam ex lege Aquilia quod alius præstitit, alium non relevat, cum sit pœna. L. 11, § 2, D. h. t.

Oltre la sfera d'applicazione dell'*actio legis Aquiliæ* si concesse più tardi un' azione di risarcimento analoga a quella nel caso di un danno non arrecato per violenza corporale immediata (*corpore*) e in singoli casi di un danno non arrecato *corpori,* cioè di un tal trattamento di una cosa altrui che non dava luogo a un danno della cosa, ma ad uno scapito del suo proprietario. Così pure l'azione accordata dalla legge al proprietario fu estesa ad altri aventi diritti reali, come anche al caso del danneggiamento corporale di un libero.

Celsus autem multum interesse dicit, occiderit, an mortis causam præstiterit, ut, qui mortis causam præstitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde affert eum, qui venenum pro medicamento dedit, et ait, causam mortis præstitisse, quemadmodum eum, qui furenti gladium porrexit; nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum. — Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum injuria dare; ideoque utilis danda est actio. L. 7, § 6, L. 30, § 2 h. t.

V. — Se il concetto dell'*injuria* e del *furtum* è già noto alle XII tavole, mentre quello del *damnum injuria datum* deve la sua origine a una legislazione posteriore, il particolare delitto dei *vi bona rapta* è una creazione meramente pretoria.

L'editto emanato all'epoca della guerra civile si applicava in origine alle lesioni del patrimonio procurate da una moltitudine armata a mo' di devastazione o di furto. Essendo ben presto da un lato dimenticato il requisito della violenza armata e più tardi della moltitudine raccolta e d'altro lato essendosi accentuato il momento dell'appropriazione non essenziale in origine, sorse il concetto della *rapina,* cioè del *furtum* eseguito con violenza personale.

L'*actio vi bonorum raptorum* è diretta al *quadruplo* del valore rubato. Mentre da un lato l'*actio injuriarum* e l'*actio furti* fanno

esclusivamente valere il diritto ad una pena, insieme alla quale il *furtum* dà un diritto di risarcimento trattato per analogia come convenzionale, e d'altro lato l'*actio legis Aquiliæ* come azione penale diretta al valore del danno arrecato è insieme azione di risarcimento, invece l'*actio vi bonorum raptorum* come *actio mixta* tende allo scopo del risarcimento e della punizione l'uno insieme all'altra, aggiungendosi all'obbligazione del risarcimento quella più ampia del suo triplo valore da pagarsi come pena.

Judicium vestrum est: quantæ pecuniæ paret dolo malo familiæ Q. Fabi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M. Tullio. Judicium datum est in quadruplum. — Hoc judicium paucis hisce annis propter hominum malam consuetudinem nimiamque licentiam constitutum est. — M. Lucullus..... primus hoc judicium composuit. — Et cum sciret de damno legem esse Aquiliam, tamen..... necesse putavit esse..... pœnam graviorem constituere, ut metu comprimeretur audacia. Cic. pro Tullio, § 7 sqq.

Prætor ait: *si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, judicium dabo. Item si servus fecisse dicetur, in dominum judicium noxale dabo.* Hoc edicto contra ea, quæ vi committuntur, consuluit prætor. L. 2 pr., § 1, D. h. t, 47, 8.

Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse): sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum, et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est et extra pœnam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit. pr. J. h. t. 4, 2.

2. OBLIGATIONES QUASI EX DELICTO.

§ 78.

Senza presupposto di una colpa propria vi è una responsabilità analoga a quella nascente da delitto per certe lesioni.

1) Per i *nautæ, caupones* e *stabularii* a causa dei danni e furti effettuati nella nave o nell'edificio dal personale servente, dai quali nasce contro di essi un' azione penale diretta al doppio.

Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi, sive servi, factum præstare. Nec immerito factum eorum præstat cum ipse eos suo periculo adhibuerit, sed non alias præstat; quam si in ipsa nave damnum datum sit. Ceterum, si extra navem, licet a nautis, non præstabit. Item si prædixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se præstiturum, et consenserit vectores prædictioni non convenitur. Hæc actio in factum in duplum est. L. 7, pr., § 1, D. nautæ 4, 9.

2) Per gli inquilini di una casa a causa di ciò che da essa fu versato o gettato fuori; *l'actio de effusis et dejectis* è diretta al doppio risarcimento del danno sofferto.

Prætor ait de his qui dejecerint vel effuderint: *unde in eum locum, quo volgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum judicium dabo; si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo; si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem æquum judici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo; si servus insciente domino fecisse dicetur, in judicium adiciam: aut noxam dedere.* L. 1, pr., D. de his qui eff. 9. 3.

3) Contro colui che lascia volontariamente posta o sospesa qualche cosa in modo pericoloso, ogni cittadino ha un azione penale, l'*actio popularis de posito et suspenso.*

Prætor ait: *ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cuius causa nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit in eum solidorum decem in factum judicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxæ dedi jubebo.* L. 5, § 6, eod.

4) Se un animale domestico reca un danno *contra naturam sui generis,* quindi senza che lo si abbia evitato con opportuno riguardo, si dirige contro colui, che ne è proprietario, l'*actio de pauperie,* come *noxalis actio* (§ 82, III, *B*), vale a dire egli ha la scelta tra il risarcire il danno arrecato e la consegna dell'animale.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut æstimationem noxiæ offerri. Noxia autem est

ipsum delictum. Quæ actio ad omnes quadrupedes pertinet. Ait prætor: *pauperiem fecisse;* pauperies est damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret. — Et generaliter hæc actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit. — Et cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum hæc actio datur, non cuius fuerit quadrupes cum noceret, sed cuius nunc est. — Noxæ autem dedere est animal tradere vivum. L. 1 pr., § 1-3, 7, 12, 14, D. si quod. paup. 9. 1.

III. — IL RAPPORTO RECIPROCO DI PIU' OBBLIGAZIONI.

§ 79.

I. — Dà luogo a determinate relazioni giuridiche tra più obbligazioni, talora la consistenza di esse l'una *accanto* all'altra, talora il nascere dell'una *appresso* all'altra.

II. — La coesistenza di più obbligazioni è importante ora perchè esse esistono *di fronte* l'una all'altra come credito e contro-credito della *stessa* persona, ora perchè stanno *accanto* l'una all'altra come diritti di *diversi* creditori o contro varii debitori.

A) L'esistenza di un contro-credito del debitore dà luogo per il proprio credito, talora:

1) Ad un *impedimento* nella sua efficacia e alla soddisfazione mediante la *ritenzione* della prestazione, che a tal proposito spetta al debitore; talora:

2) Alla possibilità della sua *estinzione* mercè la *compensazione*, il cui compimento nei suoi effetti equivale all'esecuzione delle prestazioni dovute da ambe le parti.

B) Come concreditori e condebitori stanno l'uno accanto all'altro coloro ai quali sta di fronte relativamente alla stessa prestazione uno stesso creditore o debitore. Mentre a più comproprietarii la proprietà spetta in comune, ciascuno dei più concreditori o condebitori è soggetto di una propria obbligazione, che tuttavia si connette alle obbligazioni dei concreditori o condebitori per la comunanza della prestazione dovuta e dell'estinzione mediante la sua esecuzione o qualunque avvenimento che le equivalga giuridicamente. Nel rimanente le più obbligazioni stanno fra loro in rapporto, talora:

1) Di obbligazioni *solidarie* che stanno l'una accanto all'altra indipendentemente; talora:

2) Di obbligazione *principale* e di obbligazione *accessoria* esistente per riguardo di quella e subordinata alla sua esistenza.

III. — La nascita di un' obbligazione *dopo* un' altra è importante nel caso dello stabilirsi di una nuova obbligazione che o *concorra* colla prima, o la *supplisca*, come pure nel caso della nascita *derivativa* di un credito da un altro.

A) Mediante contratto *obbligatorio* tanto dei *rei* attuali, quanto di un terzo con l'attuale creditore o debitore sorge una nuova obbligazione.

1) *Accanto* alla prima, mediante *constitutum* e *stipulatio debiti*.

2) *In luogo* della prima, che per *novatio* si estingue col sorgere di una *nova obligatio*.

B) Dal diritto di un creditore nasce quello di un altro mediante *cessione* in modo che esso *sostituisce* il diritto del cedente, col quale dapprima *concorre*, mediante l'avviso dato al debitore.

A) *L'obbligazione reciproca.*

§ 80.

I. — In forza dello stesso fatto obbligatorio come di un *bonæ fidei negotium* (§ 68, II) nascono obbligazioni reciproche

1) In modo che credito ed obbligazione di ogni parte stiano l'uno di fronte all'altra come equivalente. — Essendo qui gli interessi delle parti ora diversi ora comuni, le funzioni delle parti o saranno quelle di parti opposte l'una all'altra, o equivalenti funzioni di quante parti si voglia.

2) Se una parte è obbligata non a produrre un particolare effetto, ma solo a mantener l'altra immune dai danni, la contropretesa è una pretesa *secondaria*, ma non, come lo si chiama nel linguaggio dominante, eventuale. Giustamente nel linguaggio romano la si designa col nome di *actio contraria* in contrapposto ad *actio directa*. Noi contrapponiamo ai rapporti di obbligazione reciproci *primarii* i secondarii, cioè quelli che son tali non per un interesse indipendente, ma solamente per il mantenere immune da danni l'obbligato.

Qui ogni parte per invocare con frutto il proprio credito deve esser pronta all'esecuzione dell'obbligazione che ha verso l'altra parte, sicchè fino allora l'altra è autorizzata a ritenere la prestazione dovutagli, a meno che in forza di un dato rapporto speciale non sia obbligato ad anticipare la sua prestazione.

In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. Gai III, 137.

II. — L'eguaglianza delle prestazioni, come avviene nelle prestazioni reciprocamente dovute di cose fungibili di eguale specie o bontà, dà luogo alla possibilità di *compensare*, vale a dire di detrarre l'una dall'altra con l'effetto di estinzione le obbligazioni reciproche in proporzione del valore. L'estinzione delle obbligazioni di ambo le parti fino a concorrenza del valore si compie o per contratto o per sentenza giudiciale in un processo, in cui un controcredito del convenuto viene opposto al credito dell'attore dal convenuto, o è già considerato dall'attore stesso.

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. — Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere. L. 1, 3, D. de comp. 16, 2.

A) Per disposizione positiva di legge:

1) All'attore, se era *argentarius*, era prescritto di far da sè la detrazione di ciò che egli doveva al convenuto, sicchè egli o doveva agire non per il credito a lui derivante dal singolo negozio, ma solamente per ciò che dal complesso dei suoi affari col convenuto risultava dovuto a lui in più dei crediti del convenuto stesso, ovvero doveva agire *cum compensatione*.

2) Il *bonorum emtor* (§ 40, III) doveva agire *cum deductione*, cioè doveva esigere i crediti di colui, il cui patrimonio egli aveva acquistato, solamente colla riserva, che nella *condemnatio* giudiziale sarebbe stato detratto quel valore di cui egli stesso nella sua qualità di *bonorum emtor* era debitore verso il convenuto:

Argentarius... cogitur cum *compensatione* agere... adeo quidem ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dare oportere, ecce enim si

sestertium X milia debeat Titio atque ei XX debeantur, sic intendit: *si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.* Item bonorum emtor *cum deductione* agere jubetur, id est ut in hoc solum adversarius ei condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem ei bonorum emtor defraudatoris nomine debet. — Compensationis quidem ratio in intentione ponitur, quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argeniarius causa cadat et ob id rem perdat; deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit, utique bonorum emtore agente, qui licet de certa pecunia agat incerti tamen condemnationem concipit. Gai IV, 64 sqq.

B) La facoltà del convenuto d'invocare per diminuire la *condemnatio,* dei controcrediti, la cui valutazione è richiesta dall'equità, esisteva:

1) Senza più nel *bonæ fidei judicium.* Essendo qui avvertito il giudice di condannare il convenuto per quella somma che all'epoca della condanna questi doveva *ex fide bona*, era con ciò ammonito anche di detrarre dal valore del credito, per cui si agiva, il valore di ogni controcredito a cui quello, riguardo al suo oggetto, era uguale di natura o diveniva tale per la *condemnatio.*

Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, et etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis. L. 18 § 4, D. comm. 13, 6.

Judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere formulæ verbis præcipitur. Sed quia id bonæ fidei judicis conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur. Gai I, 63.

2) Negli altri giudizi il convenuto invocando i propri controcrediti di egual natura, rimuove con l'*exceptio doli* colui che elevava le proprie pretese senza tener calcolo di quelli. Da Marco Aurelio però il giudice fu autorizzato anche nel *judicium strictum* alla detrazione di certi controcrediti invocati dal convenuto; ma Giustiniano pel primo ha data al giudice un' istruzione *generale* di riconoscere come operantesi *ipso jure* (non solo a mezzo dell'*exceptio doli*) la liberazione del convenuto, che invoca a scopo di compensazione il proprio credito, e ciò limitando la condanna al plusvalore del credito preteso dall'attore. Quell'importanza, che in origine spettava solo al controcredito *ex eadem causa* di fronte all'*actio bonæ fidei,* appartiene ormai,

di fronte ad ogni credito, a qualunque controcredito di natura simile rispetto al suo oggetto colla limitazione però, introdotta contemporaneamente da Giustiniano, che il farlo valere non incagli il processo pel tempo richiesto alla sua prova.

Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. L. 2, D. h. t. 16, 2.

In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ aperto jure nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant sive in rem sive personales... excepta sola depositi actione. § 30, J. de act. 4, 6.

Ita tamen compensationes obici jubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata. L. 14, C. h. t. 4, 31.

B) *I concreditori e condebitori.*

1. L'OBBLIGAZIONE SOLIDARIA.

§ 81.

I. Il rapporto della *solidarietà* ovvero dell'*obligatio plurium in solidum* esiste tra i crediti e le obbligazioni di parecchi verso uno stesso terzo, l'oggetto delle quali è identico, ma delle quali nel resto ciascuna esiste di per sè sicchè divide la sorte dell'altra solo in quanto ciò è dato dall'identità della prestazione dovuta *a più* o *da più*, ma *non più volte*. Mentre per negozio giuridico il rapporto della solidarietà può essere fondato sia per più creditori, sia per più debitori, in altri casi il rapporto della solidarietà deriva da cause obiettive. Però, mentre la solidarietà non dipendente dalla volontà subiettiva non ha altra importanza che quella risultante necessariamente dall'identità della prestazione dovuta, la solidarietà statuita per negozio giuridico si estende oltre, escludendo non solo una pluralità di *esecuzione* della prestazione dovuta, ma anche la pluralità della *pretesa* stessa. Di *una eademque obligatio* parlano talora le fonti per tutte le obbliga-

zioni solidarie a causa dell'identità della prestazione dovuta, talora in particolare per quelle derivanti da negozio giuridico, con riguardo alla loro comune creazione che suole avvenire per contratto contemporaneo, o per uno stesso atto di ultima volontà.

II. — Se la volontà diretta a produrre una prestazione ha per iscopo che tal prestazione sia dovuta veramente a più o da più, ma solamente una volta, sorge il rapporto dei *plures rei* o *correi credendi s. stipulandi* ovvero *debendi seu promittendi*, dell'*obbligazione correale* attiva o passiva. Qui ognuno dei più creditori può chiedere l'unica prestazione dovuta, ma solo in quanto non li preceda un concreditore, essa può essere pretesa da ciascuno dei più debitori, ma solo in quanto non fu già richiesta ad un condebitore. Le obbligazioni dei concreditori e dei condebitori si estinguono perciò non solamente quando ed in quanto la prestazione è effettuata, ma appena ed in quanto essa è definitivamente, cioè con l'introduzione del processo, domandata da un creditore o da un debitore.

Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singulis in solidum debetur et singuli debent, ideoque petitione, accepti latione unius tota solvitur obligatio. — Et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est. L. 2, 3, § 1 D. h. t. 45, 2.

III. — Ad una medesima prestazione si dirigono più obbligazioni coesistenti, a causa dell'unità o della loro origine o del loro scopo.

A) Se in luogo del creditore o debitore subentrano p. es. per eredità, più persone, in luogo dell'obbligazione originaria subentrano più obbligazioni, assolutamente di per sè stanti, dirigentisi ad una parte della prestazione originariamente dovuta. Ma se la prestazione è indivisibile, ogni obbligazione è diretta al totale e fra i più debitori v'è il rapporto dell'obbligo solidario; il debitore non sicuro da più ampia richiesta dovrà compire la prestazione al singolo creditore solamente contro garanzia.

Si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur. — Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viæ vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem. L. 2, § 2, D. de v. o. 45, 1.

B) Se lo scopo di più obbligazioni è la produzione di un medesimo effetto, per il compenso di un medesimo danno, esse si estinguono insieme in quanto quell'effetto è stato prodotto. Poichè lo scopo della obbligazione riceve la sua individuale determinazione mediante la persona dell'avente diritto, il rapporto di solidarietà, fondato sull'unità dello scopo è inconcepibile tra crediti di varii creditori; soltanto in forza di disposizione volontaria, cioè mediante la costituzione di un' obbligazione correale può estinguersi il credito dell'uno per la soddisfazione del credito dell'altro.

Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur, et quidem in solidum: — Sed si cum uno fuerit actum ceteri liberabuntur — perceptione non litis contestatione. L. 1, § 10. L. 3, 4, D. de h. q. eff. 9, 3.

Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur; non enim electione sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, præstiterit, alter non conveniatur exemplo duorum tutorum. Quodsi alter vel nihil vel minus facere possit ad alium pervenietur. Idemque et si alter dolo non fecerit. et idcirco sit absolutus, nam ad alium pervenietur. Sed si duo deposuerint et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere; sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam. L. 1, § 43, 44 D. depos. 16, 3.

2. L'OBBLIGAZIONE ACCESSORIA.

§ 82.

I. — Dalla solidale si distingue l'obbligazione accessoria, perchè essa partecipa addirittura le sorti della principale, sicchè non solo non nasce senza quest'ultima e si estingue per la sua estinzione, ma anche riguardo all'oggetto suo partecipa a tutte le modificazioni che si verificano relativamente all'obbligazione principale. Come la solidale, l'obbligazione accessoria può essere costituita per *negozio giuridico,* non solo come obbligazione di un debitore accessorio, ma anche come credito di un creditore accessorio, mentre per legge è

stabilito nella persona del *paterfamilias* un vincolo per le obbligazioni di coloro che sono soggetti a lui.

II. Si costituiscono contrattualmente per *stipulazione* obbligazioni accessorie, con l'*adstipulatio* o l'*adpromissio*.

A) *Adstipulatio* è quella stipulazione congiunta con un' altra, in forza della quale l'*adstipulator* sta a lato del creditore principale come avente diritto in proprio nome ma nell'interesse dell'altro a pretendere la stessa prestazione od una parte di essa. Egli deve perciò restituire al creditore principale tutto quello che ricava dal credito, e il credito deriva dalla *adstipulatio*, come tale che non è *parte del patrimonio*, nè passa agli eredi, nè viene acquistato a colui che esercita la potestà sull'*adstipulator*, sicchè l'*adstipulatio* dello schiavo non fa nascere alcun credito, quella del *filiusfamilias* la fa nascere solamente nel caso della sua liberazione dalla patria potestà senza *capitis diminutio*.

Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus. Et huic proinde actio competit proindeque ei recte solvitur ac nobis, sed quidquid consecutus erit, mandati judicio nobis restituere cogetur. — Minus adstipulari potest, plus non potest. — Adstipulatoris heres non habet actionem, item servus adstipulando nihil agit. — Is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non adquirit... ac ne ipsi quidem aliter actis competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis. Gai III, 110 sqq.

B) *Adpromissio* o malleveria è l'assunzione di un debito altrui sulla propria persona, in modo che obblighi all'esecuzione del debito principale come se non fosse un debito altrui, ma uno proprio. L'*adpromissio* ha il triplice aspetto della *sponsio*, *fidepromissio*, e *fide jussio*.

1) La *sponsio* e *fide promissio* sono assolutamente simili all'obbligo principale, che perciò è necessariamente *stipulatio:* la loro nascita non ha per requisito l'efficacia giuridica dell'atto obbligatorio principale. La malleveria però qui è limitata:

a) In riguardo alla durata, poichè si estingue per morte del mallevadore, come pure, secondo la *lex Furia* col decorso di due anni.

b) Riguardo all'estensione, poichè, secondo la stessa *lex Furia*, di più mallevadori ciascuno è tenuto solamente *pro parte*. L'aver pagato di più dava già il diritto di rivalsa contro gli altri mallevadori secondo una *lex Apuleia*, che rimase in vigore fuori d'Italia, ove vigeva la *lex Furia*. Inoltre una *lex Cicereia* prescrisse la pubblica dichiarazione del debito garantito e del numero dei mallevadori.

2) La *fidejussio* è possibile in rapporto alle obbligazioni di ogni specie e fa nascere un obbligo subordinato all'esistenza del debito principale, ma illimitato nella durata e nell'estensione. Però una *lex Cornelia* ha determinato il più alto valore della mallevadoria possibile entro lo stesso anno da parte dello stesso mallevadore di fronte allo stesso creditore e per lo stesso debitore. Dipoi Adriano ha modificato l'illimitato obbligo del singolo *fidejussor* in questo, che egli può chiedere la divisione del valore del debito tra tutti i confideiussori solvibili.

A tutti gli *adpromissores* è comune il diritto di regresso contro il debitore principale, il qual diritto nella *sponsio* in forza della *lex Publilia* dava luogo, dopo il decorso di mezzo anno, alla *procedura esecutiva*, per cui impugnare l'*actio depensi*, come impugnare un credito esecutivo, è possibile solo dietro cauzione e *sub pœna dupli*. (Gai II, 22, 25).

Nel diritto giustinianeo, che conosce solamente la *fidejussio*, il debito del mallevadore, dopo la Nov. 4, è non solo un debito *accessorio*, ma, in forza del *beneficium excussionis s. ordinis*, un debito meramente *sussidiario*, mentre fino allora il creditore aveva avuta la scelta tra il convenire il mallevadore o il debitore principale.

Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fidejussoris valde dissimilis. Nam ille quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus..... Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. — Item sponsor et fidepromissor per legem *Furiam* biennio liberantur et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio. — Præterea inter sponsores et fidepromissores lex *Apuleia* quamdam societatem introduxit... et utique extra Italiam superest. — Præterea lege *Cicereia* cautum est, ut is, qui sponsores aut fidepromissores accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit. — Sed beneficium legis *Corneliæ* omnibus commune est, qua

lege idem pro eodem apud eundem, eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditæ pecuniæ quam in XX milia. — In eo quoque par omnium causa est, quod si quis pro reo solverit, eius reciperandi causa habet cum eo mandati judicium. Et hoc amplius sponsores ex lege *Publilia* propriam habent actionem in duplum, quæ appellatur depensi. Gai III. 118-127.

Fidejussores vero perpetuo tenentur et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur... Sed nunc ex *epistula divi Hadriani* compellitur creditor a singulis, *qui modo solvendo sint*, partem petere. Gai III, 121.

Deve distinguersi dalla mallevadoria l'*intercessione* cioè l'assunzione di un vincolo personale o di pegno nell'interesse di un altro, sia *insieme* ad esso, sia *invece* di esso. Tale intercessione è vietata alle *donne* dal sc. *Vellejanum* sotto Claudio; a chi volesse invocarla si oppone l'*exceptio Sc. Vellejani*.

Vellejano senatus consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo fœminæ intercederent. — Cuius senatus consulti verba hæc sunt:........... ...... Quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur. .....arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. L. 1 pr. 2 § 1 D. h. t. 16,1.

II. — Quanto ai debiti dei suoi sottoposti il *pater familias* da un lato è obbligato insieme a loro in forza dell'editto pretorio per i loro atti *contrattuali* e quasi contrattuali, dall'altro era già responsabile in certo modo secondo il *jus civile* per le loro azioni contrarie al diritto.

A) Le obbligazioni contrattuali e quasi-contrattuali dei figli di famiglia e degli schiavi fan nascere contro il *pater familias* una così detta *actio adiectivæ qualitatis*

1) Quando l'entrare in quelle obbligazioni fu motivato dalla volontà di lui.

a) Il consenso al negozio concreto genera l'*actio quod jussu.*

Si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum prætor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia, qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. Gai. IV. 70.

b) L'affidare quel genere di affari, a cui appartiene il negozio concreto, fa nascere contro il proprietario, che qui non importa che abbia sotto la sua potestà domestica colui che strinse il negozio, nella sua qualità di *exercitor l'actio exercitoria* per il commercio del *magister navis,* l'*actio institoria* per gli atti di qualunque altro preposto agli affari (*institor*). Il concludere un singolo affare in rappresentanza di un terzo fa nascere l'*actio quasi institoria* contro di questo.

Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi præposuerit. — Quin etiam licet extraneum quis... præposuerit... tamen ea prætoria actio in eum redditur. — Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernæ aut cuibet negotiationi... quemlibet... præposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui præpositus est, contractum fuerit. Gai IV, 71.

Si procurator vendiderit... Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex emto agi posse utili actione ad exemplum institoriæ actionis, si modo rem vendendam mandavit. L. 13, § 25, D. de act. emt. 19, 1.

2) Anche senza partecipazione della sua volontà il *pater familias* è tenuto per le obbligazioni assunte dalla *persona subjecta*,

a) Con l'*actio de peculio* fino al valore di quello che egli ha concesso o lasciato al sottoposto come patrimonio suo nel fatto (*peculium*), previo computo di ciò che egli deve alla *persona subjecta* e detrazione di ciò che questa deve a lui *naturaliter*. Verso i creditori commerciali del sottoposto il *pater familias* è tenuto con l'*actio tributoria* fino all'ammontare del capitale commerciale (*merx peculiaris*) *senza* potere detrarre prima il valore dei proprii crediti.

Actionem autem de peculio ideo comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen esset peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque itemque servorum, condemnari eos. § 10, J. de act. 4, 6.

Dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe eum de peculio duntaxat teneatur, cuius peculia æstimatio deducto quod domino debetur fit), tamen si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur. L. 1 pr. D. de tributoria actione 14, 4.

b) Con l'*actio de in rem verso* è tenuto il *pater familias* in quanto l'equivalente dell'obbligazione assunta dalla *persona subjecta*, o è stato consegnato immediatamente a lui, od è stato posteriormente impiegato nei suoi affari.

Præterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sive voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat quatenus peculium patitur. § 4, J. quod cum eo. 4, 7.

Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quæ statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quæ prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum est, quoties servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. L. 5, § 3, D. de in r. v. 15, 3.

B) Dal delitto del sottoposto nasce verso il *pater familias* un' *actio noxalis*, diretta ad ottenere che egli o si obblighi per il delitto come per uno proprio, o consegni il colpevole al leso. Secondo il diritto Giustinianeo un tale obbligo non nasce più dai delitti dei figli di famiglia.

Ex maleficio filiorum familias servorumque... noxales actiones proditæ sunt, ut liceret patri dominove aut litis æstimationem sufferre aut noxæ dedere. — Omnes autem noxales actiones capita sequuntur; nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. Gai IV, 75, 77.

C) *L'obbligazione successiva.*

§ 83.

I. — Se a causa di un' obbligazione già esistente se ne assume una nuova, questa può *aggiungersi* a quella od *estinguerla*. La nuova obbligazione può non solamente sussistere tra i subietti dell'obbligazione finora esistente, ma anche obbligare un nuovo debitore verso l'antico creditore, o con il consenso del creditore stesso spettare ad un terzo verso il debitore finora conosciuto.

A) La promessa di una prestazione, come già dovuta per

un'altra causa, faceva nascere nel caso che la si accogliesse con la *stipulatio debiti* un' obbligazione, che non era subordinata all'esistenza del *debitum* stipulato, ma rimaneva priva di efficacia ove si provasse che era stata assunta per errore scusabile. Invece il *constitutum debiti,* atto non formale, produceva l'*actio de constituta pecunia,* subordinata all'esistenza del *debitum* constituito, e ciò secondo il diritto pretorio nel caso della promessa rivolta a prestazione di denaro o altra tradizione di cose fungibili, per diritto Giustinianeo in generale. L'*obligatio constituta* sta necessariamente di fronte all'*obligatio constituti* nel rapporto della priorità della nascita, mentre l'*obligatio constituti*, una volta nata, non sta coll'altra in un rapporto di obbligazione accessoria, ma ne divide il destino solamente in quanto lo porta l'identità dell'oggetto.

Il *constitutum* può anche, come *constitutum debiti alieni*, tendere allo scopo di garanzia, ma allora si distingue dalla *fidejussio* da un lato perchè non lo si può fare prima della nascita dell'obbligazione garantita, e dall'altro perchè l'obbligazione del costituente, una volta nata, non viene modificata dagli allargamenti e dall'indebolimento del suo vincolo fondati nella persona del debitore.

Quod exigimus, ut sit debitum quod constituitur in rem exactum est, non utique ut is cui constituitur creditor sit: nam et quod ego debeo tu constituendo teneberis et quod tibi debetur si mihi constituatur debetur. L. 5, § 2, D. de soc. const. 13, 5.

Quod adicitur « eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse »... illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit cum constitueretur nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. — Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. Et totius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit. L. 18, § 1, 3, D. eod.

B) *Novatio* è la sostituzione di un' obbligazione ad un' altra, costituzione di una *nova obligatio* che prende il luogo di una *prior obligatio*. Mentre all'*expensilatio* che fondava la *litterarum obligatio* corrispondeva un' *acceptilatio,* sicchè nella *transcriptio* l'estinzione di un debito compariva accanto alla sua costituzione, nella *novatio,* che si effettua mediante *obligatio verborum,* è la nascita della *nova*

obligatio, come tale, chè estingue la *prior obligatio* ogni qualvolta la *stipulatio* avviene in tale intenzione (*animo novandi*). Se l'assunzione della *nova obligatio* avviene verso altri che colui il quale è stato fin qui creditore, essa deriva da una *delegatio* del debitore al terzo: invece colui che fin qui è stato debitore viene liberato, anche senza il suo consenso, per la *expromissio* di un terzo.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, cum ex præcedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione. — Omnes res transire in novationem possunt; quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione, dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur, duæ erunt obligationes. L. 1, pr. 2, D. de nov. 46, 2.

Novatione tollitur obligatio veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem. Gai III, 176.

II. — Mentre il credito non è come il diritto reale oggetto di una trasmissione diretta, può tuttavia avvenire una tale trasmissione per mezzo dell'autorizzazione data ad altri di farlo valere. Il creditore, che *mandat actionem* ad un altro, diventa uno, che *cedit actionem,* ove al tempo stesso condoni a quello la restituzione, altrimenti dovuta *ex mandato,* di ciò che riscuote in forza del credito, sicchè egli esige il credito altrui per proprio conto come *cognitor* o *procurator in rem suam.* Dal subietto di un proprio diritto egli si distingue essenzialmente per questo che, la sua facoltà non esclude la esazione del credito da parte del cedente, ed è revocabile ed intrasmissibile. Ma poichè da un lato, mercè la *litis contestatio,* il rappresentante diveniva *dominus litis* o soggetto del processo come fosse proprio, e d'altro lato il credito innalzato ad oggetto del processo dal creditore o da un rappresentante convenientemente legittimato, non esisteva più che come oggetto di questo determinato processo, nel momento della *litis contestatio* il credito del cedente veniva sostituito dal credito del cessionario; come nella novazione per la stipulazione, così qui, mercè la *litis contestatio,* un terzo prendeva di fronte al debitore il posto del creditore.

In seguito:

1) La facoltà del cessionario di esigere il credito del cedente divenne esclusiva ed irrevocabile colla semplice notificazione al debitore; e più tardi:

2) Gli fu inoltre riconosciuta un' *utilis actio* fondata nella sua propria persona, sicchè egli era ormai fin dal principio riconosciuto come soggetto di un credito proprio, che però non estingue subito l'*actio directa* del cedente, ma si aggiunge anzitutto a questa quale con essa concorrente, come nell'obbligazione derivante da *constitutum*, finchè per la denuncia il cedente non viene escluso dall'esazione del credito per sè. Anche nel suo ultimo aspetto adunque la cessione è non tanto trasmissione del credito originario, quanto costituzione di un secondo credito che sta a lato di quello, ma però attribuisce al suo soggetto il potere di escludere la concorrenza del creditore originario.

Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris: quæ res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quæ dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. Gai II, 38, 39.

Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, jure perfici non potest. Nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. — Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris coactionem contra eum inhibere. L. 1, 3, pr. C. de nov. 8, 4 (*Alex.*).

Actiones tibi adversus debitorem pro quo solvisti, dicis esse mandatas et, antequam eo nomine litem contestaveris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sint, utilis actio tibi competit. L. 1, C. de obl. et act. 4, 10 (*Gordianus III*).

Ex nominis emtione... vel in rem suam procuratore facto vel utilis secundum ea, quæ pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. L. 8, C. de her. vel act. vend. 4, 39 (*Diocleziano*).

IV. — L'ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

§ 84.

L'estinzione delle obbligazioni avviene o *ipso jure* od *ope exceptionis,* cioè o senza o col mezzo del pretore che procura il suo riconoscimento.

I. — A causa del suo concetto l'*obligatio* si estingue:

A) Per la realizzazione o il perimento del suo oggetto, ovvero per l'effettuarsi o l'andare a vuoto della prestazione.

1) *Esecuzione* è effettuazione della prestazione dovuta allo scopo e con la conseguenza dell'estinzione del debito. Come questa stessa, così anche quel mezzo di essa conforme alla destinazione dicesi *solutio*. I requisiti della esecuzione risultano dall'oggetto dell'obbligazione; secondo quello si determina in ispecie se la prestazione di un terzo è esecuzione: tale è il caso quando la natura della prestazione è indipendente dall'individualità di colui che fa la prestazione. Ugualmente alla soddisfazione — se ciò fosse *ipso jure* era controverso — opera la prestazione in luogo di soddisfazione, *datio in solutum,* cioè effettuazione di una prestazione diversa da quella dovuta ma accettata invece di quella dal creditore come mezzo di estinzione dell'obbligazione.

Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solutionem. L. 54, D. de sol. 46, 3.

Solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit. L. 176, D. de v. s. 50, 16.

Queritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris præceptoribus placet, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversæ scholæ auctoribus visum est. Gai III, 1, 68.

2) Se l'effettuazione della prestázione dovuta diviene impossibile, si estingue l'obbligazione, in quanto l'obbligato non abbia da rispondere della sopravvenuta impossibilità.

Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor. L. 33, D. de v. s. 45, 1.

3) Dalla coesistenza di credito e controcredito deriva la possibilità della soddisfazione reciproca senza prestazione reale, mediante compensazione (§ 80, II).

B) Come vincolo giuridico di più persone si estingue l'*obligatio:*

1) Per la congiunzione del credito e dell'obbligazione in una stessa persona (*confusio*).

Aditio hereditatis nonnum quam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit hereditatem. L. 95, § 2, D. de sol.

2) Per la scomparsa del creditore o debitore non sostituiti da alcun altra persona.

II. — La volontà dei partecipanti estingue l'obbligazione

A) Mediante *remissione* cioè rinunzia del creditore accettata dal debitore. Essa avviene:

1) In forma giuridica determinata nella *nexi liberatio* ed *acceptilatio,* che corrispondendo agli atti obbligatorii del *nexum* e della *stipulatio* estinguono i debiti nati da essi (rispettivamente la *judicati obligatio*, che è pari alla *nexi obligatio*). Colla *stipulatio* viene estinta un' obbligazione nella sua sostituzione con una *verborum obligatio* (*novatio* § 83, 6), mediante la quale indirettamente divengono capaci dell'*acceptilatio* anche altre obbligazioni. Un formulario per la conversione di varie obbligazioni in *una verborum obligatio* a scopo dell'accettilazione è la *stipulatio Aquiliana.*

Est etiam species imaginariæ solutionis per æs et libram: quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per æs et libram gestum est, sive quid ex causa judicati debeatur. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur ita oportet loquatur: *quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc ære æneaque libra hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam;* deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur veluti solvendi causa. Gai III, 173, 174.

Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex ver-

borum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec me dicere: quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et tu respondeas: habeo. Gai III, 169.

Ejus rei stipulatio, quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit, præsens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu mecum habes, tenes, possides, quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius; quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit, spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit. L. 18, § 1, D. de accl. 46, 4.

2) La rinunzia dichiarata in qualsivoglia forma è *factum de non petendo*. Mentre secondo il *jus civile* estingue solo i debiti nascenti da debito, è divenuto generalmente obbligatorio per opera del pretore (*ope exceptionis*). Può anche essere più ristretta, come rinuncia alla pretesa per un certo tempo o di fronte ad una persona determinata. Come la *stipulatio*, quando è conclusa *animo novandi*, così anche il *constitutum debiti* estingue il debito originario, qnando avvenga in questo senso cioè contenga un *pactum de non petendo*.

Pactorum quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium æstimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est. L. 7, § 8, D. de pact. 2, 14.

B) Estinzione non delle singole obbligazioni, ma della loro *causa d'origine* è:

1) Il *contrarius consensus*, mediante il quale si dissolve un contratto consensuale.

Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur, nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos,

ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur, idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est. § 4, J. quib. mod. 3, 29.

2) Per il recedere unilaterale vien talora revocato il conferimento o l'accettazione di un mandato, talora disciolto un rapporto obbligatorio stretto per un tempo indeterminato (*locatio conductio* o *societas*).

Il recesso impedisce la nascita di nuove obbligazioni dal rapporto disdetto, senza distruggere quelle già nate all'epoca della sua dichiarazione.

Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero. L. 15, D. mand. 17, 1.

SEZIONE QUINTA

DIRITTO DI FAMIGLIA

1. IL MATRIMONIO E LA POTESTÀ MARITALE.

I. CONCETTO E CONTENUTO.

§ 85.

I. — Il matrimonio del diritto romano *(justum matrimonium)* è quella unione giuridica di *un* uomo con *una* donna, la quale unione produce la partecipazione dei figli, partoriti dalla donna all'uomo, alla *familia* dell'uomo.

In potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreaverimus. Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens. Pr. § 1, J. de pa. po. 1, 9.

II. — Il matrimonio, producente in sostanza lo stabilimento della *familia*, soleva in origine esser congiunto col proprio passaggio della donna nella *familia* dell'uomo *(in manum conventio)*. La *manus mariti* o potestà maritale era simile alla patria potestà, fondava una pertinenza analoga a quella del figlio.

In corso di tempo però si sciolse l'unione del matrimonio con la *manus;* quella avveniva senza che la donna si sottoponesse a questa e abbandonasse la propria *familia* col passare in quella del marito. Nella posizione giuridica della società sono perciò da distinguersi i tre periodi:

1) Della unione essenziale di matrimonio e *manus;*

2) Della separazione tra matrimonio e *manus;*

3) Del disuso della *manus,* affatto scomparsa al tempo di Giustiniano.

Genus est uxor; ejus duæ formæ; una matrum familias, eæ sunt quæ in manum convenerunt, altera earum, quæ tantummodo uxores habentur. Cic. Top. 3, 11.

Si... uxor in manu viri sit, placuit eam filiæ jura nancisi. Gai I, 115.

III. — Colla separazione della *manus,* il matrimonio è divenuto nella sua totalità un' unione soltanto fattizia; esso è unione giuridica ancora, in parte mediatamente come causa della nascita della patria potestà, in parte direttamente, perchè:

1) La donna per diritto partecipa al domicilio del marito, e a questo spetta contro terzi che contro sua volontà ritengono la moglie un *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda.* Il marito può punire l'ingiuria fatta alla donna, come se fosse diretta a lui stesso.

Mulierem, quandiu nupta est, incolam ejus civitatis videri, cujus maritus ejus est, et ibi unde originem trahit non cogi muneribus fungi. L. 38, § 3, C. ad mun. 50, 1.

De uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur. L. 2, D. de lib. exh. 43, 30.

2) Certi effetti giuridici contrari all'essenza dell'unione matrimoniale sono impediti tra coniugi, così le *actiones famosæ* (v. anche § 68, III, *A*).

IV. — Dal *justum matrimonium* deve distinguersi quella lecita unione, che non fonda l'effetto, proprio a quello, della *patria potestas* sui figli, così:

1) Il *matrimonium mere juris gentium* tra persone, tra le quali non vi è *conubium.*

2) Il *concubinatus,* che, essenzialmente monogamo come il matrimonio, si distingue da quello per la mancanza dell'*affectio maritalis* diretta alla costituzione della *familia.*

Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. — Concubina... ab uxore solo dilectu separetur. Paul II, 20.

2 NASCITA E FINE.

§ 86.

I. — Presupposti della conclusione del matrimonio sono:

A) La capacità di sposarsi dei singoli: essa manca agli *impuberes* ed ai castrati.

Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne... in eo qui non castratus est... est matrimonium. L. 39, § 1, D. de jur. dot. 23, 3.

B) La reciproca capacità di matrimonio: essa richiede:

1) La comunanza giuridica del *conubium*. Essa manca senza special concessione ai *non cives:* fino alla *lex Canuleia* (309 di Roma) anche ai *plebei* di fronte ai *patrizi* (Livio IV, 1-6); finalmente nel diritto nuovissimo tra Cristiani e Giudei.

Justum matrimonius est, si inter eos, qui contrahunt, conubium sit... Conubium est uxoris jure ducendæ facultas. Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis, cum Latinis autem et peregrinis ita si concessum est. Ulp. V, 2-4.

2) Il matrimonio è impedito:

a) Tra stretti parenti ed affini. Quanto all'impedimento tra collaterali, oltre il rapporto di fratellanza il *respectus parentelæ* esistente di fronte ai discendenti diretti del proprio ascendente impedisce il matrimonio.

Gai I, 59, 63: § 1-9, J. de nupt. 1, 10.
Sororis proneptem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum. L. 39, pr. D. de ritu nupt. 23, 2.

b) Tra tutore e pupilla, tra un magistrato provinciale ed una provinciale.

Si quis officium in aliqua provincia administrat inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibentur; ita scilicet, ut, si post officium depositum voluerit mulier nuptias contrahere liceat ei hoc facere. Veterem sponsam in provincia, quam quis administrat, uxorem ducere potest. — Senatus consulto, quo

cantum est, ne tutor pupillam vel filio suo vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur. L. 38, pr. § 1, L. 59 eod.

c) Dopo la *lex Julia de adulteriis* (736 di Roma) il matrimonio è proibito tra l'adultero e l'adultera, dopo Costantino tra il rapitore e la rapita.

II. — La reciproca promessa di matrimonio (*sponsalia*) richiede:

1) Come soggetti, persone *infantia majores* o per essi i loro padri di famiglia, contro la volontà dei quali spetta un diritto di opposizione al figlio in modo assoluto, alla figlia solo per causa dell'indegnità del fidanzato.

2) La *forma* degli sponsali, che secondo il costume originario conservato nel diritto latino è quella della stipulazione, per diritto romano è indifferente.

3) Gli sponsali non fondano, contrariamente al diritto latino, alcuna costrizione giuridica, invece un secondo fidanzamento senza aver disdetto il primo apporta l'*infamia*.

Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras, unde et sponsi sponsæque appellatio nata est. Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. — Sponsalia, sicut nuptiæ, consensu contrahentium fiunt; et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet. Sed quæ patris voluntati non repugnat consentire intellegitur. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiæ conceditur. Si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat. Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt. In sponsalibus contrahendis ætas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis; quapropter et a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis. L. 1-4, pr., 11-14 D. de spons. 23, 1.

In ea parte Italiæ, quæ Latium appellatur... qui uxorem ducturus erat ab eo unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum iri... itidem spondebat ducturum. — Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. — Judex, quam ob rem data acceptave non esset uxor, quærebat. Si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia æstimabat. — Hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Julia data est. Gell. IV, 4.

Titia, quæ ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiæ desponderetur, et interpositum est instrumentum et adjecta pœna, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia ejus noluit nubere: quæro an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo pœnæ matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. L. 134, pr. D. de V. O. 45, 1.

III. — Il matrimonio sorge per volontà dei coniugi coll'approvazione del padre di famiglia.

Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiunt omnes, i. e. qui coëunt quorumque in potestate sunt. L. 2, de r. n.

A) La *manus* nasceva mediante *confarreatio, coëmtio* ed *usus*.

1) Null'altro che conclusione del matrimonio era la *confarreatio*. Essa richiedeva una dichiarazione in forma giuridica determinata (*certa verba*) dinanzi a 10 testimoni e si effettuava mercè un sacrificio compiuto dal *flamen dialis* e dal *pontifex maximus*. Questa forma si conservò solamente tra i membri del sacerdozio, poichè i pontefici dovevano nascere da matrimonio per confarreazione e dovevano essi stessi sposare con *confarreatio*. Tiberio ha abolito l'effetto di diritto privato del passaggio della donna nella famiglia del marito.

Farreo in manu conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Jovi Farreo fit, in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur. Complura præterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus X testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est, non flamines maiores, i. e. Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum nisi ex farreatis nati non leguntur ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. Gai I, 112.

De flamine Diali... legendo, simul roganda nova lege disseruit Cæsar: nam patricios confarreatis parentibus genitos tres simul nominari, ex quis unus legeretur, vetusto more: neque adesse ut olim eam copiam omissa confarreandi adsuetudine aut inter paucos retenta; pluresque ejus rei causas adferebat... ipsius cærimoniæ difficultates, quæ consulto vitarentur, et quoniam exiret de jure patrio qui id flaminium apisceretur quæque

in manum Flaminis conveniret. Igitur... lata lex, qua Flaminea Dialis sacrorum causa in potestate viri cetera promisso feminarum jura ageret. Tac. Ann, IV, 16.

2) La *coëmtio* era costituzione della *manus* mediante l'applicazione della *mancipatio* come forma generale dell'appropriazione giuridica. Da ogni altra *mancipatio* si distingueva la *coëmtio*, quale costituzione di pertinenza *personale*, in modo non più precisamente riconoscibile. Dopo l'epoca di Cicerone la *coëmtio* non avvenne più esclusivamente *matrimonii causa*, ma anche per altri scopi, poichè l'entrata nell'altrui *familia* veniva usato come semplice mezzo di abbandonare la propria, specialmente per divenire libera dalla tutela degli agnati e capace di far testamento. La *coëmtio* era qui *fiduciaria*, perchè essa avveniva nella speranza della risoluzione della *manus* nata da essa; all'epoca di Gaio questa era solo un simulacro di *manus* e l'unico contenuto di essa era la possibilità della *remancipatio*, che produceva la sua estinzione, e che la donna mancipata poteva pretendere.

Coëmtione vero in manum conveniunt per mancipationem idest per quandam imaginariam venditionem. — Aut matrimonii causa facta coëmtio dicitur aut fiduciæ: qua enim cum merito suo fecit coëmtionem, ut apud eum filiæ loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coëmtionem; quæ vero alterius rei causa fecit coëmtionem... veluti tutelæ evitandæ causa, dicitur fiduciæ causa fecisse coëmtionem. Gai I, 113, 114.

3) La *manus* sorgeva *usu*, secondo le XII tavole, mediante la convivenza di un anno *matrimonii causa*, ove la donna non si fosse sottratta per tre notti consecutive al marito. In questa disposizione probabilmente ha base l'introduzione del matrimonio senza *manus*. Anche l'unione non ancora pienamente efficace fondava subito la *patria potestas* nei figli nascenti da quella; però anche l'usucapiente di una cosa diviene subito proprietario dei suoi frutti. Così qui, anche prima che il matrimonio avesse pieno effetto, si verificava l'effetto giuridico speciale di esso, onde il rapporto dotato di esso doveva apparire come vero matrimonio e l'entrata della donna nella famiglia dell'uomo qualcosa non necessariamente congiunto con esso. Scomparve finalmente la costituzione della *manus* mediante l'*usus*, per

cui il matrimonio senza *manus* divenne da un rapporto provvisorio un rapporto definitivo.

Non in manum conveniebat, quæ anno continuo nupta perseverabat, nam velut annua possessione usu capiebatur... Itaque lege duodecim tabularum lege cautum est ut, si quo nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo (usum) cuiusque anni interrumperet, Sed hoc totum jus partim legibus sublatum partim ipsa desuetudine obliteratum est. Gai I, 111.

B) Per la conclusione del matrimonio sciolto dalla *manus*, non esiste una forma giuridica: esso nasce non da dichiarazione formale, ma dall'*attuazione di fatto* della volontà diretta alla convivenza coniugale, come è contenuta nella *domum deductio*. Come un' unione fattizia nella sua totalità e dotata di singoli effetti giuridici, il matrimonio conseguiva esistenza giuridica non mediante un particolare atto giuridico, ma dal compimento fattizio dell'unione.

Mulierem absenti per litteras ejus vel per nuntium posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur: eam vero, quæ abesset, ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse; deductione enim opus esse in mariti non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii. L. 5, D. de rit. nupt. 23, 2.

IV. Lo scioglimento del matrimonio confarreato era possibile solamente mediante *diffareatio*, che non era cosa di pertinenza della volontà privata. La *manus* nata da *coëmtio* o dall'*usus*, che ne suppliva la mancanza, era estinta mediante *remancipatio* e successiva *manumissio*. Dopo che il matrimonio era divenuto un' unione essenzialmente di fatto, come a costituirlo bastava la convivenza di fatto, così bastava a scioglierlo lo scioglimento di fatto dell'unione, sia per concorde volontà dei due (*divortium*), sia per recesso unilaterale di un coniuge (*repudium*).

E veramente in forza della separazione tra matrimonio e *manus*, ciò avveniva anche dove alla conclusione di quello era aggiunta la costituzione di questa. Esistendo la *manus* a causa dei matrimonio, la donna poteva, disdicendo il matrimonio, costringere il marito ad abbandonare la *manus*. A causa della difficoltà di constatare l'inten-

zione di separazione definitiva, la *lex Julia de adulteriis* richiese la dichiarazione di tal volontà innanzi a 7 testimoni.

Flammeo amicitur nubens ominis boni causa, quod eo assiduo utebatur flaminica i. e. flaminis uxor, cui non licebat facere divortium. — Diffareatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem flebat dissolutio. Paul Diac. ex Festo.

(Remancipatione) desinunt in manu esse et, si ex ea mancipatione manumissæ fuerint, sui juris efficiuntur, (et ea quidem, quæ fiduciæ causa coëmtionem fecit cum extraneo) potest cogere coëmtionatorem (ut se remancipet, sed ea quæ cum viro suo coémtionem fecit) non magis potest cogere quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere etiam si adoptiva sit; hæc autem repudio misso proinde compellere potest atque si ei numquam nupta fuisset. Gai I, 137 a.

Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes, quibus pœnæ irrogarentur ei, qui divortium fecisset, ratas non haberi constat. L. 2, C. de inut. stip. 8, 38.

Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis præter libertum ejus, qui divortium faciet. L. 9, D. de div. 24, 2.

3. IMPORTANZA DI DIRITTO PATRIMONIALE.

§ 87.

I. — Mediante la *in manum conventio*:

1) Tutto il patrimonio della donna passa all'uomo, a cui spetta pure ogni altro acquisto di essa.

2) Per le obbligazioni assunte dalla donna innanzi al passaggio del suo patrimonio al marito, questi entra garante, ove non preferisca abbandonare ai creditori di lei il patrimonio che da essa gli è pervenuto.

Quod vero ad eas personas, quæ in manu mancipiove sunt, ita jus dicitur, ut, cum ex contractu earum ageretur, nisi ab eo, cuius juri subjectæ sint, in solidum defendantur, bona, quæ earum futura forent, si ejus juris subjectæ non essent, veneant. Gai IV, 80.

II. — La moglie non passata nella *manus* del marito sta di fronte al marito in una posizione, sì personale che patrimoniale, affatto in-

dipendente. Mentre però egli non ha per diritto alcuna partecipazione al suo patrimonio, tuttavia secondo costume generale gli veniva fatta, in riguardo del matrimonio di cui ei deve sostenere i pesi e di cui egli è il capo, una dazione, la *dos*, dalla donna o da un terzo nell'interesse di lei. La *dos* è patrimonio del marito: esistendo essa pel matrimonio, esiste pel marito come capo di quello. Ma essa esiste al tempo stesso per la moglie, per la cui posizione di fronte al marito essa ha essenziale importanza e chiamasi *res uxoria*. Nel fatto la dote si considerava addirittura come un indizio del matrimonio in contrapposto al concubinato; la dotazione della figlia era perciò un dovere del padre. Per la donna la dote acquistò col tempo una importanza che trascendeva il singolo matrimonio. Mentre il divorzio e il rimaritarsi di una vedova contraddiceva all'antico costume, più tardi la separazione e le seconde nozze, ormai favoreggiate dalla legge, divennero sempre più frequenti e in connessione con ciò fu accordata alla donna, dopo lo scioglimento del matrimonio la *rei uxoriæ actio* diretta alla restituzione della dote, che le rendeva possibile di rimaritarsi. In contrapposto alla dote quelle parti del patrimonio che la donna conserva per sè, sono i suoi *bona recepticia* o *parapherna*.

Quamvis in bonis mariti dos sit mulieris tamen est. L. 75, D. de jur. dot. 233.

Dotium causa semper ut ubique præcipua est, nam et publice interest, dotis mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam resplendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. — Soluto matrimonio solvi mulier dos debet. L. 1, 2, D. sol. mat. 24, 3.

Decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Græci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem. L. 8, C. de pact. conv. 5, 14.

A) La costituzione della dote deriva:

1) Da un ascendente paterno della donna nel caso della *dos profecticia*, in ogni altro caso dicesi *adventicia;* quest'ultima chiamasi *recepticia* quando il costituente si riserba con stipulazione la restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio.

Dos aut profecticia dicitur id est, quam pater mulieris dedit, aut adventicia. Ulp. VI, 3.

2) *Dos aut datur aut dicitur aut promittitur: datur* colla tradizione, *promittitur* (per dritto Giustinianeo in qualsiasi forma) assumendosi contrattualmente l'obbligo di quella dazione il cui oggetto è la dote. In contrapposto alla *promissio*, ovvero alla promessa ricevuta dal marito, la *dictio dotis* era la esposizione, accettata dal marito, di una *dos*, che poteva farsi solo dalla fidanzata o da un *parente* di essa.

Dotem dicere potest mulier, quæ nuptura est, et debitor mulieris si jussu ejus dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione cojunctus. — Dare, promittere dotem omnes possunt. Ulp. VI, 2.

B) Come soggetto del patrimonio dotale il marito dispone su quello, come su ogni altro proprio patrimonio: però la *lex Julia de fundo dotali*, che forma una sezione della *lex Julia de adulteriis*, ha impedita l'alienazione dei fondi dotali sensa il consenso della moglie e in modo assoluto la loro oppignorazione. Se la consegna della dote avviene insieme ad una stima delle cose dotali *(dos æstimata)*, nel dubbio si considera *dos*, non le cose consegnate, che si considerano come alienate, ma quel valore.

Dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit. Gai II, 63.

Quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cum enim lex, in soli tantummodo rebus locum habebat, quæ Italicæ fuerant et alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente, utrique remedium posuimus, ut et in eas res, quæ in provinciali solo proditæ sunt, interdicta flat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum itaque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas, in perniciem substantiæ earum convertetur. Pr. J. quib al. 2, 8.

Quoties res æstimatæ in dotem dantur, maritus dominum consecutus summæ vel pretii debitor officitur. L. 5, C. ht. 5, 12.

C) Dopo lo scioglimento del matrimonio l'uomo deve restituire la *dos* secondo le circostanze e per la omissione della diligenza da lui usata nelle cose proprie, prestare il compenso, mentre conserva sempre il provento ricavatone nel tempo del matrimonio.

In rebus dotalibus virum præstare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam diligentiam præstabit, quam in suis, rebus exhibet. L. 17 pr., D. de jur. dot.

Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere. L. 7 pr. eod.

1) Se il matrimonio è sciolto per morte della moglie, la dote *profecticia* o *recepticia* deve restituirsi a colui che la costituì, mentre altrimenti appartiene al marito: della *profecticia* egli nè conserva un quinto per ogni figlio nato dal matrimonio.

Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum; quodsi pater non sit, apud maritum remanet. — Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, præterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuerit, quæ dos specialiter recepticia dicitur. Ulp. VI, 5.

2) Se il matrimonio vien sciolto per divorzio o per morte del marito, la moglie ha la *rei uxoriæ actio;* se però il defunto marito le ha lasciato qualcosa, deve, secondo l'editto *de alterutro,* rinunziare a questa o alla dote. Se il matrimonio è sciolto per colpa della donna il marito può riservarsi *propter liberos* un sesto per ogni figlio, in modo però da non superare la metà della dote, come pure *propter mores* se per adulterio *(m. graviores)* un sesto, se per falli più leggeri *(m. leviores)*, un ottavo.

Divortio facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet rei uxoriæ actionem id est dotis repetitionem; quodsi in potestate patris sit, pater adjuncta filia habet actionem; nec interest adventicia sit dos, an profecticia. — Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cujus in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextæ retinentur ex dote, non plures tamen quam tres. — Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava; graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. Ulp. TI, 10, 12.

3) Generalmente spettano al marito *retentiones propter res donatas, propter res amotas* e *propter impensas.* Se la dote consiste in cose fungibili, che debbono restituirsi *in genere,* la si deve restituire in tre rate annue; se essa consiste in altre cose da restituirsi

in specie, essa deve rendersi subito. La separazione per colpa del marito è punita con l'abbreviazione del termine della restituzione e rispettivamente colla restituzione di una parte della rendita già a lui devoluta.

Ipso jure necessariis sumtibus dos minuitur. § 37, J. de act. 4, 6.

Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factæ sunt. L. 8, D. de imp. 25, 1.

Res in dotem datæ, quæ pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat. L. 42, de jure dot.

Dos si pondere numero mensura contineatur, annua bima trima die redditur, nisi ut præsens reddatur convenerit, reliquæ dotes statim redduntur. — Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quæ annua die reddi debet, ita ut propter majores mores præsentem dotem reddat, propter minores senum mensium die; in ea autem quæ præsens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere quantum in illa dote, quæ triennio redditur, repræsentatio facit. Ulp. VI, 8, 13.

D) Mentre pel diritto anteriore a Giustiniano l'*actio rei uxoriæ*, non trasmissibile agli eredi e subordinata al libero apprezzamento del giudice, era di natura affatto diversa da quella dell'*a. ex stipulatu*, spettante nel caso della restituzione obbligatoria per contratto, Giustiniano ha stabilito che la ripetizione della dote debba sempre avvenire nel modo medesimo, che se fosse stata pattuita contrattualmente, ma però l'azione si consideri come un'*actio bonae fidei*. La ripetizione ha perciò preso un carattere generale e, nello scioglimento del matrimonio per morte della donna autorizzata a ripeter la dote, spetta agli eredi di lei. Le particolarità delle *retentiones* sono abolite: la colpa del divorzio esclude la ripetizione. Il tempo della restituzione adesso è di un anno per tutti i mobili: soltanto i fondi devono essere restituiti subito.

Post divortium defuncta muliere heredi ejus actio non aliter datur quam si moram in dote mulieri redlenda maritus fecerit. Ulp. VI, 7.

Rei uxoriæ actione sublata sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi..... ut intellegatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. — Sed

etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur ei a natura rei uxoriæ etiam bonæ fidei beneficium. Et omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sui natura exercens, si quid autem optimum ex rei uxoriæ actione invenimus, hoc in præsenti specialiter ei addimus, ut sit et nova ista ex stipulatu quam composuimus et non propria tantum, sed etiam veteris actioni pulchritudine decorata, — Exactio autem dotis celebretur non annua bima trima die, sed omnimodo intra annua in rebus mobilibus vel se moventibus vel incorporalibus; ceteris videlicet rebus quæ solo continentur, illico restituendis, L. un. pr. § 2, 7, C. de rei ux. act. 5, 13.

III. — Da un donativo del fidanzato alla fidanzata (*ante nuptias donatio*) si è sviluppato nel diritto nuovissimo un contrapposto della *dos*, a cui Giustiniano ha apposto il nome tecnico *propter nuptias donatio*. Come la dote è una dazione fatta al marito in riguardo della moglie, così la *propter nuptias donatio* è una dazione fatta alla donna dall'uomo o in riguardo di lui. Se però quella sussiste in riguardo del matrimonio, questa sussiste invece in riguardo al suo scioglimento per morte del marito, essa è essenzialmente un provvedimento per la vedova e come tale acquista valore solo per la morte del marito; come però la donna paga il fio della colpa avuta nel divorzio, colla perdita della dote, così il marito perde per la cagione stessa la *donatio propter nuptias*.

Sancimus nomine prius emendato ita rem corrigi et non ante nuptias donationem eam vocari, sed propter nuptias donationem. Quare enim dotem quidem et constante matrimonio mulier marito dare conceditur, donationem autem marito nisi ante nuptias facere non permittitur? et quæ hujus rei differentia rationabilis potest inveniri, cum melius erat mulieribus propter fragilitatem sexus quam maribus subveniri? Sicut enim dos propter nuptias fit et sine nuptiis quidem nulla dos intellegitur, sine dote autem nuptiæ possunt celebrari, ita et in donationibus, quas mariti faciunt vel pro his alii, debet esse aperta licentia et constante matrimonio talem donationem facere, quæ quasi antipherna possit intellegi et non simplex donatio. L. 20 pr., § 1, 2, C. de don. prop. nupt. 5, 3.

IV. — Contiene una negazione di effetti giuridici mediante il matrimonio:

1) Il divieto di donazioni giuridicamente efficaci tra coniugi (*donatio inter virum et uxorem*) cioè di tali donazioni che debbano effettuarsi durante il matrimonio: secondo un *senatus consulto* proveniente da Caracalla la donazione diviene giuridicamente efficace per la morte del donatore.

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent, hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationes non temperantes, sed profusa erga se facilitate · — nec esset eis studium liberos potius educendi. Sextus Cæcilius et illam causam adiciebat, quia sæpe futurum esset, ut discuterentur matrimonio, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia. — Imperator noster Antoninus Augustus ante excessum D. Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Æmiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex juris rigore. — Ait oratio: « fas esse cum quidem qui donavit pœnitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse ». L. 1, 2, 32 pr., § 2, D. de don. i. v. 24, 1.

2) Per furti di un coniuge è proibita l'*actio furti* anche dopo lo scioglimento del matrimonio; al compenso di ciò che fu rubato in riguardo alla separazione è diretta una speciale *actio rerum amotarum*.

Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure, in qua sententia et Julianus rectissime est. L. 1, D. act. rer. am. 25, 2.

V. — Danni patrimoniali accompagnano il matrimonio per riguardo di un matrimonio anteriore:

1) In caso di un matrimonio troppo sollecito. Il rimaritarsi della donna prima del decorso di 10 mesi e, più tardi, di 12 mesi, portava l'infamia, e per diritto nuovissimo la perdita dei *lucra nuptialia* nascente dal primo matrimonio e la limitazione della capacità ad acquistare in proprio e alle dazioni del nuovo marito.

2) Ogni nuovo matrimonio secondo il diritto dell'epoca cristiana porta seco certe restrizioni di diritto patrimoniale in pro dei figli di primo letto.

4. LA LEX JULIA ET PAPIA POPPÆA.

§ 88.

I. — La purezza del rapporto coniugale ed insieme l'interesse pel matrimonio e per la procreazione dei figli fu sotto Augusto l'oggetto di una legge molto estesa e particolareggiata, la *lex Julia et Papia Poppæa.* Nell'anno 4 di Cristo passò, con una *vocatio* prima di tre anni e poi di altri due, la *lex Julia de maritandis ordinibus,* già presentata 21 anni innanzi, ma non passata. Nell'anno 9 le si dovè aggiungere una seconda legge mitigante gli svantaggi della mancanza di figli e che aumentava i vantaggi opposti, la *lex Papia Poppæa,* sicchè questa legislazione complessiva prese quel doppio nome.

II. — Alla purezza del vincolo coniugale provvedeva la legge dell'unione matrimoniale con i disuguali per nascita. Essa distingueva:

1) Lo stato senatorio;

2) Gli ingenui;

3) I liberti;

4) Certe persone indegne.

I matrimonii tra gli appartenenti della prima e quelli delle due ultime classi e così pure della seconda con l'ultima classe non attribuivano i vantaggi della legge, senza liberare dai danni della mancanza di figli.

Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quæ ipsæ quarumve pater materve artem ludicram fecerit. Ceteri autem ingenui prohibentur ducere corpore quæsitum facientem, lenam.... in adulterio deprehensam, et judicio publico damnatam et quæ artem ludicram fecerit. Ulp. XIII, 1.

III. — Si cercò di incoraggiare il matrimonio e la generazione dei figli in parte facilitando la conclusione del matrimonio e rendendo difficile il divorzio, in parte ricompensando il matrimonio e la generazione di figli, col disprezzo corrispondente dei *cælibes* e degli *orbi.*

A) A rimuovere certi impedimenti, che impacciavano la conclusione del matrimonio:

1) Fu condonata la condizione di celibato apposta alle ultime volontà e la promessa simile richiesta nella manomissione.

Hoc modo legato dato « si Lucio Titio non nupserit » non esse legi locum Julianus aiebat. Quod si ita scriptum esset « si Aricias non nupserit », interesse, an fraus legi facta esset: nam si ea esset, quæ aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso jure rescindi, quod fraudandæ legis gratia esset adscriptum: legem enim utilem rei publicæ, subolis scilicet procreandæ causa latam, adjuvandam interpretatione. L. 64, D. de cond. 35, 1.

Lege Julia de maritandis ordinibus remittitur jusjurandum, quod liberto in hoc impositum est, ne uxorem duxerit libertæ, ne nuberet, si modo nuptias contrahere recte velint. L. 6, § 4, D. de jur. pat. 37, 14.

2) Il consenso e la dotazione da parte del padre fu dichiarato coattibile, e in caso di necessità si stabilì la nomina di un *tutor* allo scopo di costituire la dote.

Capite trigesimo quinto legis Juliæ qui liberos quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare prohibere autem videtur et qui condictionem non quærit. L. 19, D. de rit. nupt. 23, 2.

Ex lege Julia de maritandis ordinibus tutor datur a prætore urbis ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet, ad dotem dandam dicendam promittendamve, si legitimum tutorem pupillum habeat. Sed postea senatus censuit, ut etiam in provinciis quoque finaliter a præsidibus earum ex eadem causa tutores dentur. Ulp. XI, 20.

B) Il divorzio fu reso più difficile; perchè:

1) Alla liberta sposata dal patrono era proibito il disdire il matrimonio. La separazione contro il divieto scioglieva veramente il matrimonio, ma non rendeva possibili seconde nozze.

Quod ait lex: DIVORTII FACIENDI POTESTAS LIBERTÆ, QUÆ NUPTA EST PATRONO, NE ESTO, non infectum videtur effecisse divortium, quod jure civili dissolvere solet matrimonium, quare constare matrimonium dicere

non possumus, cum sit separatum. Denique scribit Julianus de dote hanc actionem non habere; merito igitur, quamdiu patronus ejus eam uxorem suam esse vult, cum nullo alio conubium ei est; nam quia intellexit legis lator facto libertæ quasi diremptum matrimonium, detraxit ei cum alio conubium, quare cuicumque nupserit, pro non nupta habebitur. Julianus quidem amplius putat nec in concubinatu eam alterius patroni esse posse. L. 11 pr., D. de divort. 24, 2.

2) La separazione avvenuta per immoralità faceva luogo rispetto alla dote a una restrizione del diritto di ripetizione e, rispettivamente, del termine concesso al marito per la restituzione (§ 87, C. 2, 3).

C) Gli speciali svantaggi dei *cœlibes* non scusati da sposalizio, età o impedimenti determinati, e degli *orbi*, tra i quali si annoverano tutti coloro che al tempo opportuno non vivono in matrimonio o mancano di figli viventi, consistono nell'esclusione dall'acquisto di ciò che è loro lasciato per ultima volontà, ad eccezione di ciò che è lasciato loro dai cognati e, fino a una certa misura, dagli affini. La *incapacitas* della legge, non è incapacità di essere oggetto di una disposizione, ma la possibilità che essa si realizzi, a meno che l'ostacolo non sia tolto all'epoca in cui quella si deve verificare ossia nel celibato almeno entro 100 giorni da allora in poi.

1) I *cœlibes* sono assolutamente *incapaces*, ad eccezione tuttavia dei *vedovi*, che dal loro coniuge defunto possono acquistare $^1/_{10}$ della successione, e $^1/_3$ di usufrutto, ovvero, se essi hanno avuti figli dal matrimonio col coniuge defunto, possono acquistare la successione stessa. Di un altro decimo divengono essi *capaces* per ogni figlio nato dal matrimonio anteriore e per ogni figlio morto dopo il giorno del nome. *Solidi capacitas* procurano loro i figli viventi nati dal matrimonio col defunto, e anche i figli perduti, parte per la loro *età*, parte pel loro *numero*, parte pel *tempo* della perdita.

2) L'*orbus* coniugato o non soggiacente altrimenti alle pene del celibato è *dimidiœ partis capax*, cioè può acquistare la metà di ciò che gli è lasciato. *Solidi capax* diviene la donna *ingenua* con tre parti successivi, la liberta con quattro (*jus trium vel quatuor liberorum*); e questo *jus liberorum* può anche esser concesso come privilegio.

Cælibes... per legem Juliam heredidates legataque capere prohibentur; — item orbi... per legem Papiam... dimidias partes heredidatum legatorumque perdunt. Gai II, 286.

Ulp. XV sgg., Paul IV, 9.

D) Vantaggi del matrimonio soddisfacente alle esigenze della legge erano, oltre ad altri privilegi spettanti al diritto pubblico:

1) Per le donne la liberazione dalla tutela del sesso, unita al *jus trium vel quatuor liberorum.*

Ex lege Julia et Papia Poppæa jure liberorum a tutela liberantur feminæ. Gai I, 143.

2) I padri di famiglia avevano un *jus in caducis* ossia un diritto a ciò che era loro lasciato in un testamento che li concernesse mediante una disposizione giuridicamente valida, ma per una causa qualunque non realizzabile.

Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo. Ulp. XVII, I.

Post legem Papiam portio caduca... ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent. Gai II, 206.

IV. — Dopo che da Costantino fu abolita la punizione del celibato e della mancanza di figli, e da Onorio il *jus liberorum*, Giustiniano ha abolito completamente le disposizioni della *lex Julia et Papia Poppæa.*

II. LA PATRIA POTESTÀ.

I. NASCITA E FINE.

§. 89.

I. — La *patria potestas* cioè la dipendenza giuridica del figlio dal padre deriva dalla natural dipendenza dell'esistenza del figlio da quella del padre: il figlio è soggetto al padre come autore della sua esistenza. La *patria potestas* è perciò lunga quanto la vita, e fondata sulla generazione del figlio dal padre, e si estingue solo con la

morte del padre o del figlio. Essendo data dall'esistenza della personalità del figlio, non è possibile crearla od abolirla senza annullare quella o senza *capitis diminutio.*

In potestate itaque sunt servi dominorum, quæ quidem potestas juris gentium est. — Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quod justis nuptiis procreavimus, quod jus proprium civium Romanorum est. Gai I, 52, 55.

II. — La *patria potestas* sorge:

A) Mediante il parto di un figlio generato nel matrimonio. Si considera generato nel matrimonlo il figlio nato non prima del 182° giorno del matrimonio e non più tardi del 300° giorno dopo lo scioglimento di esso.

Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum, nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa. L. 3, § 11, 12, D. de suis. 38, 16.

Eccezionalmente sorge la *potestas* in seguito:

1) Per il sorgere di un presupposto di essa, così della *cittadinanza* mediante *causæ probatio* o nel diritto nuovissimo del matrimonio da parte di coloro, il figlio dei quali è generato nel concubinato (*legitimatio per subsequens matrimonium*).

Si peregrinus sibi liberisque suis civitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate ejus fient, quam si imperator eos in potestatem redegerit, quod ita demum is facit, si causa cognita æstimaverit, hoc filiis expedire. — Alia causa est eorum, qui Latii jure cum liberis suis ad civitatem Romanam perveniunt, nam horum in potestate fiunt liberi. Gai I, 93, 95.

2) Senza legittimazione dell'unione dalla quale nasceva il figlio, questi, secondo il diritto nuovissimo vien legittimato per ciò che il padre lo destina alla carica di *decurio* (*per curiæ oblationem*); la legittimazione può essere concessa anche per un atto di bontà del sovrano (*per rescriptum principis*).

Aliquando autem evenit ut liberi, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, postea tamen redigantur in potestatem, qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiæ datus potestati patris subicitur, nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. § 13, J. de nupt. 1, 10.

B) Nascita della *patria potestas* su estranei è l'*adoptio*. Il padre adottivo deve esser capace di matrimonio e più vecchio (secondo il diritto Giustinianeo, 18 anni più vecchio) del figlio adottivo. L'adozione è o *arrogatio*, quando si assoggetta all'altrui *patria potestas* un *homo sui juris*, o *adoptio* se il padre assoggetta all'altrui *patria potestas* il proprio figlio, il cui dissenso del resto impedisce l'adozione.

1) L'*arrogatio* è un avvenimento soggetto all'approvazione del *populus* o del *princeps*.

Per diritto antico essa si compie sulla base di un esame del pontefice, coll' approvazione dei comizi curiati. Nell'epoca imperiale dapprima *accanto* all'antica forma e presto esclusivamente sola si introdusse l'arrogazione per rescritto imperiale. Secondo il diritto antico era impedita oltre all'arrogazione di una *femina* quella di un *impubes*, che sotto Antonino Pio fu permessa sotto speciali condizioni che assicurassero la sua persona e il suo patrimonio. Sotto la signoria fondata mediante l'arrogazione, cadono insieme all'arrogato tutti gli oggetti della sua propria signoria.

Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur arrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adopturum sit, justum sibi filium esse, et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur, et populus rogatur, an id fieri jubeat. Gai I, 99.

Adrogantur ii, qui, cum sui juris sint, in alienam sese potestatem tradunt, ejusque rei ipsi auctores fiunt. Sed adrogationes non temere nec inexplorato committuntur; nam comitia arbitris pontificibus præbentur, quæ curiata appellantur, ætasque ejus, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque ejus, qui adrogatur, ne insidiosa adpetita sit, consideratur; jusquejurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando juraretur. Sed adrogari non potest nisi jam

vesticeps. Adrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Ejus rogationis verba haec sunt: *velitis jubeatis uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos Quirites rogo.* Neque pupillus autem neque mulier, quæ in parentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est, et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem, potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subiciant. Gell. V, 19.

Impuberem apud populum adoptari... nunc ex epistula optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permissum est. Gai I, 102, cfr. § 3, J. de adopt. 1, 11.

Illum proprium est ejus adoptionis, quæ per populum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate tamquam nepotes. Gai I, 107.

2) L'*adoptio* in stretto senso è composta dai negozii della *mancipatio* e della *in jure cessio*, poichè con quella si distrugge la *patria potestas* anteriore, con questa se ne fonda una nuova.

In se stessa con la mancipazione di un figlio di famiglia non si distrugge la *patria potestas*, ma soltanto la si limita nel suo effetto per la durata della *mancipii causa*. Ma le XII tavole congiungevano alla mancipazione del figlio ripetuta tre volte la estinzione della patria potestà, per l'abuso di essa qui contenuto. Dopo che però la legge aveva congiunto l'estinzione della patria potestà con un atto dell'arbitrio paterno, si usava quell'atto per attuare con esso l'intenzione di estinguere volontariamente la patria potestà, riguardo a cui bastava quanto agli altri fanciulli (parlando la legge dei soli figli) una sola mancipazione. Distrutta così l'anteriore *patria potestas*, la *mancipii causa* per la *potestas* del padre adottivo era sciolta con la *in jure cessio*, che come costituzione della *patria potestas* stava con le altre appropriazioni nella forma della *in jure cessio* nel rapporto stesso in cui la rivendicazione di un figlio di famiglia sta colla *rei vindicatio*. Comunemente a quell'*in jure cessio*, affinchè provenga dal padre, precede una remancipazione del figlio a questo. Come in ge-

nerale, così nel nnovissimo diritto anche in applicazione all'adozione è abolita la *mancipatio* e la *in jure cessio* e in sua vece è prescritta la dichiarazione sul protocollo del tribunale in presenza del figlio adottivo.

Se del resto il padre vero dà in adozione il proprio figlio ad un terzo, che non è suo ascendente carnale, ciò secondo il diritto Giustinianeo non dà luogo ad un' estinzione della potestà patria (così detta *adoptio minus plena*).

Filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini mancipatione exeunt e parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: *si pater filium ter venum duit a patri filius liber esto.* — (In adoptione filii tres mancipationes) et duæ intercedentes manumissiones proinde fiunt ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui juris efficiatur; deinde aut patri remancipatur et ab eo is qui adoptat, vindicat apud prætorem filium suum esse et illo contra non vindicante vindicanti filius adducitur, aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is, qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est. Gai I, 132, 134.

Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias a patre naturale extraneæ personæ in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur nec quidquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. § 2, J. ht. 1, 11.

III. — La *patria potestas* cessa:

A) Involontariamente, oltre che per la perdita della libertà o cittadinanza:

1) Per certe posizioni sociali acquistate dal figlio, così, secondo l'antico diritto quella del *flamen Dialis* e della *virgo Vestalis;* nel diritto Giustinianeo libera dalla patria potestà segnatamente il patriziato, come il pervenire ad ogni altra più elevata dignità civile o spirituale.

Exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines Diales inaugurentur et feminini sexus, si virginis Vestales capiantur. Gai I, 131.

Sancimus, viros excelsos patricios... potestate liberari paterna, ne videantur qui a nobis loco patris honorantur, alieni juri esse subiecti. L. 5, C. de consul. 12, 3.

Nov. 81. (Constitutio, quæ dignitatibus et episcopatu filium liberat a patria potestate).

2) Mentre già nel terzo periodo il padre per i cattivi trattamenti usati al figlio poteva essere dal principe costretto all'emancipazione, da Teodosio II e Valentiniano III in poi la patria potestà si estingue senza più per aver esposto i figli o per aver prostituito la figlia.

Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coëgit mancipare. L. 5, D. si a par. 37, 12.

B) Estinzione della patria potestà per volontà del padre è l'*emancipatio*. Nel modo medesimo che nell'adozione qui la potestà è distrutta con mancipazione e la *causa mancipii* nata da quest'ultima cessa per manumissione.

Nel diritto nuovo l'*emancipatio ex lege Anastasiana* avviene, come l'arrogazione, per rescritto imperiale e secondo una costituzione di Giustiniano basta la dichiarazione sul protocollo del tribunale come per *l'adoptio*. L'opposizione del figlio naturale impedisce nel diritto nuovo l'emancipazione: in via d'eccezione ha un diritto all'emancipazione l'arrogato come *impubes*.

Liberi parentum potestate liberantur emancipatione, id est si, postea quam mancipati fuerint, manu missi sint. Sed filius quidem ter mancipatus, ter manumissus sui juris fit; — ceteri autem liberi... una mancipatione manumissione que sui juris fiunt. Ulp. X, 1.

Cum inspeximus, in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas personas figuratas et circumductiones inextricabiles... jubemus, hujusmodi circuitu in posterum quiescente licentiam esse ei, qui emancipare vult, vel ex lege Anestasiana hoc facere, vel sine sacro rescripto introire competentis judicis tribunal... et filios suos vel filias... a sua manu dimittere. L. 6, C. de emanc. 8, 48.

2. CONTENUTO.

§. 90.

I. — L'oggetto della patria potestà è sottoposto assolutamente al suo soggetto. Dalla soggezione degli schiavi si distigue quella dei figli sostanzialmente perchè i suoi soggetti come persone libere (*liberi*) non sono oggetti di proprietà, non sono come gli schiavi abbandonati all'altrui potere per mancanza di diritto proprio, ma sono subietti

di diritto, ai quali solo in rapporto col padre, quale autore della loro propria esistenza, non spetta alcun diritto indipendente.

II. — Come dominazione della persona la patria potestà:

A) È sostanzialmente potere di comando unito con potere di punire, che originariamente come *jus vitae et necis* era illimitata, ma nel corso della storia fu passo per passo limitata, e si mutò in un semplice *jus leviter castigandi.*

Libertati a majoribus tantum impensum est, ut patribus, quibus jus vitæ in liberos necisque potestas olim erat permissa; eripere libertatem non liceret. L. 10, C. de pa. po. 8, 46.

B) Il padre può richiedere il figlio da qualunque terzo:

1) Con la *vindicatio,* che si distingue dalla *rei vindicatio*, quale mezzo di far valere la pertinenza *personale.*

2) Con l'*interdictum de liberis exhibendis* egli arriva ai figli, con l'*i. de liberis ducendis* contradice a colui che gli impedisce di portarseli seco.

3) Contro il figlio stesso ha luogo l'immediato richiamo del magistrato; alla semplice decisione sull'esistenza della patria potestà serve un *præjudicium.*

Un' *exceptio* contro la pretesa del padre al possesso della figlia spetta particolarmente al marito di lei.

Per hanc autem actionem liberæ personæ, quæ sunt juris nostri utputa liberi qui sunt in potestate, non potentur. Petuntur igitur aut præjudiciis aut interdictis, aut cognitione prætoria; et ita Pomponius libro trigesimo septimo, nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicat. Si quis ita petet: filium suum, vel in potestate ex jure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adiecta causa ex lege. Quiritium vindicare posse. L. 1, § 2, D. de r. v. 6, 1.

Deinde ait prætor: « Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quo minus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto ». Superiora interdicta exhibitoria sunt, hoc est pertinent ad exhibitionem liberorum ceterorumque, de quibus supra diximus: hoc autem interdictum pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos, in quos habet jus ductionis, itaque prius interdictum, quod est de liberis exhibendis, præparatorium est hujus interdicti: quo magis enim quis duci possit, exhibendus fuit. L. 3 pr., § 1, D. de lib. exh. it. duc. 43, 30.

Si vero mater sit, quæ retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex justissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, æque subveniendum ei erit per exceptionem. — Si quis filiam suam, quæ mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? et certo jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur. L. 1, § 3, 5 eod.

C) La facoltà di disposizione giuridica sulla persona del figlio spettava al padre come facoltà della *mancipatio*. Il figlio di famiglia assoggettato mediante la *mancipatio* all'altrui signoria, non è a dir vero oggetto di proprietà ossia schiavo *(mancipium)*, ma in una sudditanza analoga a quella dello schiavo *(in mancipio)*. Alla *familia* dell'acquirente egli appartiene, ugualmente allo schiavo, solo come *oggetto patrimoniale*, e non come membro della famiglia; ma a differenza dello schiavo la sua personalità deve esser rispettata dal padrone e la lesione di essa fa nascere l'*actio injuriarum*. La signoria dell'acquirente cessa per *remancipatio* e per *manumissio*, la cui forma è la stessa che per la manomissione degli schiavi. Nel diritto posteriore la mancipazione arbitraria, ad eccezione della vendita semplicemente apparente (§ 89), è proibita: invece il diritto della *noxæ datio* durò fino a Giustiniano (82, II, B). Nel caso di vendita apparente o di *noxa* scontata lavorando, la liberazione poteva esser forzata e colui che era mancipato non *noxæ causa* o con la riserva della remancipazione poteva esser dichiarato libero *censu* anche senza il consenso del suo padrone. Colla liberazione dalla *mancipii causa*, fondata allo scopo di uscire dalla *familia* avuta fin qui, il *manumissor*, al cui atto il manomesso doveva la sua nuova posizione giuridica, entrava con costui (specialmente come *parens manumissor*) nel rapporto di un *quasi patronus*. Gai I, 116, 123, 138, 141.

In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin injuriarium tenebimur. Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa manciparentur. § 141, cit.

Per hominem liberum noxæ debitum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a prætore qui noxæ deditum accepit. Coll. II, 3,

Nihil imponi liberis solet, nec quisquam dixit jurejurando obligari filium patri manumissori ut libertum patrono; nam pietatem liberi parentibus, non operas debent. L. 10, D. de obseq. 37, 15.

III. — Insieme alla potestà sul figlio spetta al padre ogni potestà fondata nella persona del figlio, sia diritto di famiglia, come la signoria sui fanciulli nati dal figlio e sulla moglie *in manu*, sia diritto patrimoniale

A) Non è eccezione a tal regola l'esistenza di un *peculium*, cioè, di un patrimonio speciale concesso dal padre al figlio, poichè questo è giuridicamente patrimonio del padre e non fa nascere alcun diritto del figlio, ma soltanto un vincolo del padre di fronte ai terzi (§ 82, II, A, 2, a).

B) Invece da Augusto in poi v'è un'eccezione alla mancanza di patrimonio proprio sul figlio per il caso del *peculium castrense*, del *filius familias miles*. Relativamente all'acquisto da lui fatto nella sua qualità di *miles*, cioè talora mediante la *militia*, talora a proposito della *militia* era concesso al figlio di famiglia il diritto di disporre per atto di ultima volontà e con ciò anche durante la sua vita l'amministrazione e il godimento indipendente dalla volontà del padre. Dopo Adriano si cominciò a considerare il patrimonio, così sottoposto alla disposizione del figlio, come patrimonio suo proprio che solamente fino a Giustiniano, pel caso che il figlio morisse senza averne disposto, veniva considerato come se non avesse mai cessato di essere patrimonio del padre. Nell'ultimo periodo fu esteso questo privilegio dei *milites* anche ad altre professioni, alle quali per analogia del *castrense* fu ascritto un *peculium quasi castrense:* così per le cariche imperiali, poi anche per gli avvocati, finalmente pel clero.

Qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis his quos antea enumeravimus et præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere, quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervæ nec non optimi imperatoris Traiani, postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. pr. I. quib. non est. perm. 2, 12.

Castrense peculium est quod, a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset, nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium eius castrense non est. L. 11, D. de castr. pec. 49, 17.

Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium. L. 2 eod.

Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse jussit: intestato defuncto filio familias, mox patre quæritur, an libertas servo competat, occurrebat enim non posse dominium apud duos pro solido fuisse: denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit. Et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem et utrique pariter decessissent, non dubitaretur ex testamento filii liberum eum esse, sed in superiore casu pro libertate a patre data illa dici possunt, numquid, quoad utatur jure concesso filius in castrensi peculio, eousque jus patris cessaverit, quod si intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia. L. 19, § 3 eod.

C) Il *castrense peculium* era nato dalla concessione di una potestà dispositiva indipendente su un patrimonio che si trovi nell'amministrazione e nel godimento del figlio: viceversa ha radice nell'esclusione della libera disposizione del padre su un patrimonio, di cui egli ha l'amministrazione e il godimento, il particolar trattamento giuridico dei *bona adventicia*, cioè, di ogni bene che perviene al figlio non dalla parte del padre. Esso concerneva anzitutto, per disposizione di Costantino, i *bona materna*, poi i *bona materni generis*, poi anche i *bona nuptialia* e finalmente tutti i *bona adventicia*. Essendo tolta al padre la libera disposizione su questo patrimonio, ne nasceva pel figlio sul principio soltanto una speranza garantita da quel divieto, che però nel V secolo si cominciò a considerare come una proprietà limitata dal diritto di amministrazione e di godimento spettante al padre. Anche dall'amministrazione e dal godimento è escluso il padre relativamente a ciò che il figlio acquista con questa condizione o contro la volontà del padre (cosidetti *adventicia irregularia*).

Res, quæ ex matris successione fuerint ad filios devolutæ, ita sint n parentum potestate ac dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi

eis licentia derugetur. Nam maternum patrimonium, quod filiis in potestate constitutis obvenerit, eum patre mortuo sui juris fuerint, præcipuum habere eos et, sine cujusquam consortio placuit. L. 1, § 1, C. Th. de mat. bon. 8, 10 (*Costantino*, 319).

Quidquid avus avia, proavus proavia, nepoti nepti, pronepoti pronepti cujuslibet tituli largitate contulerint.... vel etiam intestati successione, pater filio filiæve integra illibataque custodiat.... ut, quemadmodum ipse super his licentiam totus potestatis amittit, ita defuncto eo filio filiaeve praecipua computentur. L. 7, C. Th. eod. (395).

Si quis itaque filius familias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex ejus substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quæ ex liberalitate fortunæ vel laboribus suis ad eum perveniant, ea suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad solum usum fructum adquirat, et eorum usus fructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiis familias inhæreat ad exemplum tam maternarum quam ex nuptialibus causis filiis familias adquisitarum rerum. L. 6, § 1, C. de bon. quæ lib. 6, 61.

D) Colla soggezione totale della persona e del patrimonio del figlio venivano ad essere impediti i negozi giuridicamente efficaci in rapporto al padre di famiglia e agli altri consottoposti. Come il *peculium* non è un'eccezione a quella soggezione, non lo è nemmeno rispetto a quell'effetto di essa, poichè le *obligationes naturales*, che si considerano nel suo computo, tra il padre di famiglia e il suo sottoposto hanno importanza giuridica solamente di fronte ai terzi creditori di quest'ultimo. Invece relativamente al suo *peculium castrense* o *quasi castrense* il figlio di famiglia sta di fronte al padre come un *paterfamilias*, quindi anche come soggetto possibile di negozi giuridici pienamente efficaci.

Nulla omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nascitur. Gai II, 78.

Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio; ceterum ex qualibet alia causa non tenebit. Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur. L. 15, § 1, 2, D. de castr. pec.

III. LA TUTELA.

1. CONCETTO E SPECIE.

§ 91.

I. — Tutela è la dipendenza giuridica di un *homo sui juris* da un'altra persona, a cui spetta la facoltà di *completare* o *sostituire* colla volontà propria la volontà del tutelato, come di uno che è mancante della piena indipendenza giuridica. *Cause* della tutela sono l'*età* giovanile e il *sesso* femminile, come l'assoluta incapacità di agire del *pazzo furioso* o quella relativa, stabilita per decreto del pretore, del *prodigo* (§ 34). Lo *scopo* della tutela è di assicurare il *patrimonio* del tutelato a lui stesso o ai suoi congiunti. La garanzia di questi sta in prima linea nella tutela sulle donne e i prodighi: quella ha per iscopo la garanzia di coloro che hanno diritto alla successione; questa deve specialmente assicurare il patrimonio ereditato dagli antenati ai discendenti, che per la sua dissipazione veggono sparire i mezzi di sussistenza. La *potestas* del *tutore*, come quella che gli spetta per proprio diritto, ma non assolutamente per suo riguardo, è simile non tanto a quella del padre quanto a quella di un magistrato, sicchè ad essa corrisponde un *officium* del tutore.

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem spontem se defendere nequit, jure civili data ac permissa. L. 1, pr. D. de tut. 26, 1.

II. — La facoltà del tutore è talvolta una facoltà di cooperare agli atti giuridici del tutelato, talora una facoltà di azione indipendente sul suo patrimonio. Quella, cioè la facoltà dell'*interpositio auctoritatis* è essenziale alla *tutela,* questa, cioè la facoltà della *rerum administratio* alla *cura:* il tutore perciò come *tutor* propriamente è l'aiuto giuridico della persona, e come *curator* l'amministratore del suo patrimonio. Mentre però il *tutor* è esclusivamente tutore, al *curator furiosi* oltre all'amministrazione del patrimonio spetta l'obbligo di curare la salute personale del *curandus,* e d'altra parte

sotto il concetto della *cura* rientra anche ogni amministrazione, portata dall'ufficio, del patrimonio altrui *(cura bonorum)*.

Tutoris præcipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat. L. 30, D. de adm. tut. 267.

Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi. L. 7 pr. D. de cur. 27, 10.

Ei, cuius pater in hostium potestate est, tutorem dari non posse palam est. Immo curator substantiae dari debet, ne in medio pereat. L. 61, § 4, D. de tut. 26, 1.

III. — Dall'antichità in poi fondavano una *tutela* le diversità del sesso e dell'età, una *cura* le anormalità delle malattie mentali e della prodigalità. Mentre però nel corso del tempo il sesso cessò di esser causa di tutela, alla *tutela impuberum* si aggiunse la *cura minorum*, come seconda specie, diversa da quella, di tutela dell'età.

A) Mentre il *tutor* del pupillo incapace di amministrare da sè il proprio patrimonio riunisce alla facoltà dell'*auctoritas*, il diritto e il dovere della *rerum administratio*, la *tutela muliebris* consiste nella capacità del tutore a interporre l'*auctoritas* e nella sua facoltà di rifiutarla. Poichè la tutela delle donne sussisteva in riguardo degli eredi, essa al contrario di ogni altra tutela spettava al tutore in riguardo suo proprio nel caso della *legitima tutela* appartenente agli eredi legittimi; la *legitima mulierum tutela* era perciò un oggetto possibile di *in jure cessio*, con cui il tutore sostituiva a sè un altro per la durata del suo diritto. Il diritto della *tutela muliebris* ebbe delle limitazioni, perchè:

1) Si stabilì che potessero esser costretti a interporre l'*auctoritas* gli altri tutori, che divennero perciò semplici consiglieri, in generale e i *legitimi tutores* almeno relativamente alla *in manum conventio*. Mentre però questa disposizione originariamente faceva indipendente dal tutore soltanto il matrimonio, in seguito a mezzo della *fiduciaria coëmtio* essa produsse la possibilità di sottrarsi quando si volesse, alla tutela (§ 86, III, *A*, 2).

2) Oltre le vergini Vestali, già libere dalla tutela secondo le XII tavole, le *mulieres*, secondo la *lex Julia et Papia Poppaea*, conseguivano mercè il *jus trinum vel quatuor liberorum* la liberazione dalla tutela del sesso (Gai I, 145).

3) La tutela legittima degli aguati fu completamente abolita da una *lex Claudia*, sicchè rimase soltanto, come limitativa veramente della libertà della donna, la tutela del *manomissor*. Nel quarto periodo la tutela del sesso, che da un pezzo avea perduta la sua importanza, scomparve del tutto.

Pupillorum pupillarumve tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt, mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. Ulp. XI, 25.

Olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet...., feminæ adgnatos habebant tutores; sed postea lex Claudia lata est, quæ... tutelas illas sustulit. Gai. I, 157.

Adgnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permissum est feminarum tutelam aliis in jure adere... Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor vocatur. Quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela qui cessit. Ipse quoque, qui cessit, mortuus aut capite deminutus sit, a cessicio tutela discedit. Gai. I, § 168, 170.

Sane patronorum et parentum legitimæ tutelæ vim aliquam habere intelliguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, præterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisve suscipiendae interveniat. Gai. I, 192.

B) Dalla *cura furiosi et prodigi* stabilita nelle XII tavole, si distingue la *cura minorum* introdotta da una *lex Plœtoria* (§ 34. I. A. 3) non solo perchè essa al contrario delle altre tutele ha sempre il carattere di un ufficio derivante da nomina del magistrato, ma anche per la capacità di agire del suo oggetto, in forza della quale possono avvenire disposizioni sul patrimonio amministrato dal curatore non solo da parte di questo ma anche, col suo consenso, da parte del minore. Dalla *tutoris auctoritas* si distingue questo *consensus curatoris*, perchè non è cooperazione personale, ma una semplice approvazione, o precedente come complemento, o susseguente come ratifica, dell'atto del pupillo. Come il minore, può avere un curatore anche colui che per altre ragioni non è capace di condurre da sè i propri affari. Anche l'*impubes* può in caso d'impedimento del *tutor*, ottenere come tutore straordinario un *curator*.

Masculi puberes et feminæ viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt, qui, licet puberes sunt, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint, pr. J. de cur. 1, 23.

Et aliis dabit proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt. L. 2, D. de cur. 27, 10.

II. NASCITA E FINE.

§ 92.

I. — Circa alla persona del tutore

1) Per esser chiamati alla tutela occorre la piena partecipazione al *jus civile* (dalla chiamata per testamento è escluso il Latino Giuniano) e il sesso mascolino, mentre la mancanza della capacità di agire richiesta ad esercitarla, non esclude la chiamata. Tuttavia

a) Le donne son divenute capaci della tutela sui loro *discendenti*, da principio soltanto per particolar concessione imperiale, ben tosto anche per diritto in mancanza di altri tutori legittimi, finalmente con l'esclusione di parenti più lontani (Nov. 188, c. 5).

Feminæ tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent. L. 18, D. de tut. 26, 1. C. Quando mulier tutelæ officio fungi potest, 5, 35.

b) Secondo il diritto Giustinianeo non vengono chiamati alla tutela i soldati e coloro nella cui stessa persona vi è una causa di tutela.

Minores autem XXV annis olim quidem excusabantur, a nostra quidem constitutione prohibentur ad tutelam, vel curam adspirare... cum erat incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire, § 13, I. de exc. 1, 25,

2) L'assumere la tutela è

a) Dovere comune dei cittadini *(munus publicum)*. Da essa nascono determinate *excusationes*, che talora hanno radice in ostacoli o difficoltà di condur bene la tutela, talora derivano da riguardi personali. Inoltre spettava al tutore, nominato dal pretore, la proposta d'uno più adatto *(potioris nominatio)* con la qual cosa però egli si rendeva mallevadore della idoneità del proposto.

Fragm. Vat. 25, 247. Tit. I, de excusationibus tutorum vel curatorum, 1, 25.

Si tres liberos quis superstistes Romæ habent vel in Italia quattuor vel in provinciis quinque, a tutela vel cura possunt excusari exemplo ceterorum munerum; nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Pr. I, ht.

Tunc demum excusandus est, qui prius datus fuerat, si is, quem nominaverit, et potior necessitudine et idonens re fideque nec absens deprehendatur. Vat. fragm. 157.

b) Necessaria è l'*excusatio* di chi è incapace di agire o non è altrimenti atto alla gestione della tutela; la sua sostituzione con uno adatto spetta al pretore.

Complura senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi et muti et surdi tutores alii dentur. L. 17, D. de tut. 26, 1.

II. — La *tutela* derivava in prima linea dalla volontà del padre di famiglia, dalla cui morte essa aveva motivo; poi, in mancanza di nomina testamentaria, dall'agnazione od altra relazione personale che ne tenesse luogo. Solo più tardi vi si aggiunse come causa soltanto ausiliare la nomina pretoria. La nascita della *tutela* si effettua direttamente con la chiamata testamentaria, legittima, o giudiziale (*tutela defertur*).

A) Testamentarius tutor è quello nominato per ultima volontà in forza della potestà patria o della *manus;* al contrario degli altri tutori egli aveva, per diritto antigiustinianeo, la facoltà di *abdicare*. Alla donna *in manu* il marito poteva lasciar libera la scelta, una volta sola o ripetutamente, di un *tutor optivus*. Mancando i requisiti della potestà o della disposizione d'ultima volontà redatta in forma conveniente, doveva aggiungersi la conferma fatta dal pretore. Essa avviene senza più (*sine inquisitione*) quando la nomina è fatta dal padre, invece secondo il libero apprezzamento (*ex inquisitione*) se da un terzo: soltanto nel primo caso il confermato è assolutamente eguale a colui che è divenuto *tutor* direttamente pel testamento.

Testamento nominatim tutores dati confirmantur lege XII, tabularum his verbis: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto:* qui tutores dativi appellantur. Ulp. XI, 14.

Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturusve esset, si vixisset. L. 73, § 1, D. de R. T. 50, 17.

Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia praesidis omnimodo id est sine inquisitione, §. 5, I, de tut. 1, 13.

Tutor testamento datus... si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor: abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse; in jure cedere autem tutelam testamento datus non potest, nam et legitimus in jure cedere potest, abdicare se non potest. Ulp. XI, 17.

In persona tamen uxoris, quæ in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere, quem velit ipsa tutorem sibi optare. — Ceterum aut plena optio datus aut angusta. — Angusta ita dari solet: *Titiæ uxori meæ tutoris optionem dumtaxat semel do aut dumtaxat bis do*. Quaæ optiones plurimum inter se differunt: nam quaæ plenam optionem habet, potest et semel et bis et ter et sæpius tutorem optarè. Gai I, 150-52.

B) In mancanza di un testamentario sono *tutores legitimi* gli agnati più prossimi, in mancanza di essi i gentili, per i liberti il patrono e i suoi figli; per la *mancipii causa* usata allo scopo di abbandonare la propria famiglia, il *parens manumissor* diviene *tutor legitimus*, l'*extraneus manumissor* diventa *tutor fiduciarius:* così pure sono *fiduciarii tutores* i figli del *parens manumissor*. Nel dritto nuovissimo, in cui l'agnazione ha perduto la sua importanza, la cognazione e il patronato fanno luogo in modo assolutamente eguale alla tutela e alla delazione della successione. Come in antico la tutela legale era un diritto di natura simile alla *legitima hereditas*, così adesso è essenzialmente un onere a quella corrispondente.

Legitimæ tutelæ lege duodecim tabularum adgnatis delatæ sunt et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, idem tuerentur bona, ne dilapidarentur. L. 1 pr., D. de leg. tut. 26, 4.

Eo enim ipso, quo hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, cum et adgnatos, quos ad hereditatem vocat, eosdem et tutores esse jussit et quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet. I. de leg. patr. tut. 1, 17.

Si parens filium vel filiam, vel nepotem, vel neptem, vel deinceps im-

puberes, quos in potestate habeat, emancipet, vicem legitimi tutoris sustinet; quo defuncto, si liberi perfectæ ætatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur. L. 3, § 10, L. 4, D. de leg. tut. 26, 4.

Qui liberum caput, mancipatum sibi vel a parente vel a coëmtionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. Ulp. XI, 5.

Sancimus, ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus vel cum aliis vocatur, etiam munus tutelæ suscipiat, neque ulla differentia ex jure adgnationis aut cognationis introducatur. Nov. 118, c. 2.

C) Il diritto di nominare (*datio*) un *tutor* (*dativus*) non era parte integrale della potestà pretoria, ma nasceva da un'autorizzazione speciale data dalla legge o dall'uso. Per Roma diede tale autorizzazione al pretore insieme alla maggioranza dei tribuni della plebe una *lex Atilia*, per le provincie una *lex Julia et Titia* la diede al preside; nell'epoca imperiale l'ebbero per senatusconsulto o costituzione imperiale i consuli, i *prætoris tutelares*, e i magistrati dei singoli municipi. La *tutoris petitio seu postulatio* era dovere della madre e del liberto, come secondo il diritto nuovissimo di tutti gli eredi intestati, ma spettava anche ai terzi.

Tutoris datio neque imperii est neque jurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps. L. 6, § 2, D. de tut. 26, 1.

Si cui nullus omnino tutor sit, si datur in urbe Roma ex lege Atilia a prætore urbano et majore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a præsidibus provinciarum ex lege Tulia et Titia, Gai I, § 185.

Al contrario della *tutela*, non v'era in generale una *cura* testamentaria, e solo v'era una *cura legitima* relativamente al *furiosus* e al *prodigus*, in quanto si trattava di garantire il patrimonio ereditato per evocazione della legge. Esclusivamente per decreto del magistrato sorgeva invece la *cura minorum* ed anche i *legitimi curatores* dovevano confermarsi *ex inquisitione*.

Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege duodecim tabularum dantur, aut honorarii id est qui praetore constituuntur. Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in cura-

tione jubet agnatorum. A prætore constituitur curator, quem ipse prætor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredis facti male differant bona; his enim ex lege curator dari non poterat; cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento factus heres sit patri; libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur cum servilis cognatio nulla sit. Procreata est curatorem ei etiam, qui nuper puber factus idonee negotia sua tueri non potest. Ulp. XII.

III. — La tutela cessa oltre che per *capitis diminutio* del tutore o pupillo:

1) Per cessare della ragione della tutela, che nella *cura minoris* si effettua anche per la concessione imperiale della *venia ætatis*; dopo Costantino essa richiede un'età di vent'anni, per le donne di diciotto anni;

2) Per remozione del tutore incapace. Essa segue senz'altro danno nei casi della *excusatio necessaria* in mancanza di propria scusa. Invece fin dalle dodici tavole contro il tutore che dimentica i propri doveri, v'è una *remotio suspecti tutoris vel curatoris* che porta l'infamia. L'*accusatio suspecti* spetta a chiunque, e i contutori ne hanno l'obbligo *ex officio*.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege XII tabularum descendere. Et sciendum est, quasi publicam esse ham actionem hoc est omnibus patere. Suspectus autem est qui non ex fide tutelam gerit. Remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam non æque, pr. § 3, 5, 6, I. de susp. tut. et cur. 1, 26.

3. CONTENUTO.

§ 93.

I. — Come diritto di disposizione sul patrimonio — ciò che la sola *tutela muliebris*, scomparsa nel diritto nuovissimo, non è — la tutela fonda una immediata signoria di questo patrimonio a guisa di uno proprio: il tutore è *domini loco*. Il diritto del tutore è però non solo connesso a vincoli obbligatori, ma soggetto anche a certe limitazioni come diritto su patrimonio *altrui* e per la concorrenza dei contutori.

Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarum, domini loco haberi debet. L. 27, D. de adm. tut. 26, 1.

II. — Quella disposizione spetta in sè stessa a ciascuno dei contutori, e anche secondo il diritto nuovissimo basta di regola l'*auctoritas* di uno. Però

1) La gestione degli affari può essere affidata esclusivamente ad un *tutor gerens:* di fronte a lui i *tutores honorarii* hanno il diritto e il dovere del controllo.

2) Può essere stabilita una divisione degli affari.

Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati sive a judice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiæ partibus. Sed hæc omnia ita accipienda sunt, si non res quæ agitur, solutionem faciat ipsius tutelæ, utputa si pupillus in adrogationem se dare desiderat. Tunc etenim... necesse est omnes suam auctoritatem praestare. Quæ omnia simili modo et in curatoribus observari oportet. L. 56, de auct. præst. 5, 59 (531).

III. — Limitazioni della libera disposizione sono:

1) L'esclusione della *potestas donandi.*

Non omni titulo res pupilli potestatem alienandi tutores habent, sed administrationis tantum causa. Cum itaque donandi nulla ratione res eorum, quorum administrant negotia, potestatem habent, vindicare dominium a possidentibus non prohiberis. L. 16, C. de adm. tut. 5, 37.

2) La necessità, stabilita da un'*oratio Severi* (195 di Cristo) della ratifica pretoria per l'alienazione dei *prædia rustica* e *suburbana* e per ogni alienazione volontaria di qualche importanza.

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores prædia rustica vel suburbana distrahere. Et sunt verba ejus huiusmodi: « Præterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint, quod si forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc prætor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua

religione æstimet, quæ possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori, si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum censeo». L. 1, pr. § 2, D. de reb. eor. 27, 9.

3) La prescrizione di impiegare il denaro del pupillo nell'acquisto di fondi, ed eventualmente in mutui fruttiferi, mentre viceversa Giustiniano accorda al tutore l'impiego dei denari del pupillo solamente a proprio rischio e pericolo;

4) L'ispezione del magistrato sulla tutela, come specialmente si mostra nella cooperazione dei magistrati nelle alienazioni.

IV. La tutela fonda obbligazioni *quasi ex contractu.* Contro il tutore dopo la cessazione della tutela si dirige la infamante *actio tutelæ directa* per la restituzione del patrimonio e pel risarcimento di ogni danno apportato dalla negligenza della *diligentia quam suis.* Contro la frode v'è l'*actio de rationibus distrahendis* diretta al duplo. Contro il pupillo il *tutor* ha la *contraria tutelæ actio* per esser rilevato indenne. Nel caso della *cura* ha luogo l' *utilis negotiorum gestorum actio.*

In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, præstando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam. L. 1, pr. D. de tut. act. 27, 3.

Quod traditum est pupillum cum tutore suo agere tutelæ non posse hactenus verum est, si eadem tutela sit: absurdum enim erat a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret. L. 9, § 4 eod.

Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. Hæc actio, licet in duplum sit in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli pœna est. L. 2, pr. § 2, D. eod.

Tunc furiosi curatore non tutelæ, sed negotiorum gestorum actis est, quæ competit etiam dum negotia gerit. L. 4, § 3, eod.

V. — Per garanzia del pupillo:

1) Il tutore prima di intraprendere la gestione deve fare un inventario e prestare la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, che è condonata soltanto al tutore nominato dal padre come di solito a quello nominato da un alto magistrato.

Ne tamen et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumaatur aut deminuautur, curat praetor, ut tutores et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam et tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed vel a consule vel a prætore vel a præside provinciæ defertur, plerumque non coguntur satisdare. Gai I, 199, 200.

2) Come mallevadori del tutore son tenuti i *nominatores* e gli *affirmatores*, che hanno attestato la sua idoneità; oltre a ciò il pupillo ha una *subsidiaria actio* contro il magistrato pubblico a cui fu dal magistrato superiore affidata la costituzione del pretore.

Fideiussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, æquum est perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset, eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent. L. 4, § 3, D. de fidei. tut. 27, 7.

Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis et adultis ceterisque personis ex administratione teneri, sed etiam in eos qui satisdationes accipiunt subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis praesidium possit afferre, subsidiaria autem actio datur in eos, qui vel omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverint aut non idonee passi essent caveri. § 2, I. de satisd. tut. 1, 24.

Néque praetor neque quis alius, cui tutoris dandi jus est, hac actione tenebitur. L. 1, § 1, D. de mag. conv. 27, 8.

VI. — Per analogia dell'*actio tutelæ* v'è l'*actio pro tutelæ* contro colui *qui pro tutore vel curatore negotia gessit*, cioè, si è condotto o secondo la credenza sua di esser realmente tutore, o volontariamente ne ha tenuto il luogo.

Pro tutelæ actionem necessario prætor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut sive tutor est sive non sit qui gessit, actione tamen teneretur. Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive scit non esse, finget tamen esse. Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam præstat, quam tutor præstaret. L. 1, pr. § 1, L. 4, D. de eo qui pro tut. 27, 5.

SEZIONE SESTA

DIRITTO DI EREDITÀ

I. PROSPETTO.

§ 94.

I. — Il diritto ereditario è il complesso di quelle norme giuridiche, che hanno per oggetto la successione ereditaria e i rapporti giuridici ad essa connessi. Successione ereditaria è l'immediata successione dei sopravviventi in ciò che vien lasciato dal defunto: soggetto dell'eredità è l'erede *(heres)*; *hereditas* chiamasi tanto la successione ereditaria stessa quanto il suo oggetto, l'eredità.

Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, eum et ea, quæ in nominibus sunt, ad heredem transeunt. L. 37, D. de adq. her. 29, 2.

Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit. L. 62, D. de reg. jus.

II. — Eredità di un defunto è il complesso dei diritti e delle obbligazioni da esso relitte, cioè, che si trovavano riunite nella sua persona all'epoca della sua morte e che non sono connesse all'individualità del loro subietto. Poichè quest'ultima cosa dee dirsi di tutti i rapporti di diritto famigliare e soltanto in via d'eccezione delle relazioni patrimoniali in forza della speciale natura del loro contenuto o causa, l'eredità di un defunto è identica col *patrimonio* da

esso lasciato. Come successione in questo, la successione ereditaria è successione universale, vale a dire, successione nell'eredità come tale, in contrapposto alla successione in parti determinate dell'eredità. Invece non contraddice al concetto della successione ereditaria;

1) La separazione di speciali porzioni dell'eredità mediante *legato*, o

2) La successione di più eredi succedenti all'eredità in un qualsivoglia rapporto fra loro, la cui successione unita si deve estendere a tutta l'eredità, cioè, a tutto il complesso delle cose lasciate, con la sola eccezione delle cose lasciate a terzi mediante legato.

III. — La successione ereditaria è successione immediata, come quella che non è occasionata da alcuna successione di un terzo. Invece non è necessariamente immediata nel senso che si effettui contemporaneamente alla morte di colui da cui si eredita; anzi essa può precedere a questa, sia perchè la delazione dell'eredità avvenga solo più tardi, sia perchè la chiamata all'eredità non coincida coll'acquisto di essa.

1) All'eredità può esser chiamato soltanto chi sopravvive al defunto, nel senso che sia già almeno *concepito* al momento della morte. La chiamata però avviene solo dopo la morte, se ha per condizione o la scomparsa di anteriori chiamate o un altro *factum*.

Lex XII tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quæritur, in rerum natura fuerit, vel si novo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. L. 6, 7, D. de suis. 38, 16.

2) La chiamata attribuisce di regola solamente la capacità giuridica di diventare erede mediante l'accettazione dell'eredità; onde è a distinguere l'*hereditas delata* dall'*hereditas acquisita*.

Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi. L. 151, D. de V. S. 50, 16.

IV. — Finchè ed in quanto niuna successione si è ancora verificata (*jacet hereditas*), i diritti e le obbligazioni relitte dal defunto mancano di un soggetto a cui spettino. Per riguardo però al morto, di cui essa era patrimonio, e ai sopravviventi dei quali deve divenir patrimonio, l'eredità viene nel frattempo trattata come un patrimonio

indipendente tenuto insieme per causa di quella provenienza e di quella destinazione. Essendo l'*hereditas jacens* un patrimonio a sè, come antico patrimonio di un defunto e futuro di superstiti, essa esiste come patrimonio a sè in forza della personalità del defunto, che perdura nella sua eredità come un residuo sopravvivente dell'esistenza sua, ed in riguardo della persona di coloro che sono destinati a prendere il luogo del defunto come soggetti della sua eredità. Perciò, se l'eredità è accettata, la si considera come se fosse immediatamente da patrimonio del defunto divenuta patrimonio del suo erede, sicchè questa successione si compie coll'effetto stesso come se il trattamento dell'eredità come patrimonio a sè, stabilito solo allo scopo di tal successione, non avesse mai avuto luogo.

Hereditas personæ defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. L. 116, § 4, de leg. I (30).

Morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet. L. 24, D. de nov. 46, 2.

Hereditas personæ vice fungitur sicuti muncipium et decuria et societas. L. 22, D. de fidei 46, 1.

Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. L. 54, de adq. her. 29, 2.

Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. L. 138, D. de R. I. 50, 17.

V. — Poichè l'eredità diviene patrimonio dell'erede, si unisce col resto del suo patrimonio, sicchè cessa di formare di per sè un patrimonio speciale; la qualità di erede indica quindi una relazione di natura speciale non solo col patrimonio ereditato ma anche colla persona del defunto, come tale che è debitrice all'erede della conservazione del suo patrimonio, del suo onore, la cui lesione è un'offesa all'erede, e dell'osservanza della sua ultima volontà.

Et si forte cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes bonorumve possesso res exstitimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem: spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat injuria idemque et si fama ejus, cui heredes exstitimus, lacessatur. L. 1, § 4, D. de injur. 47, 10.

VI. — Causa dell'eredità è o la propria volontà del defunto od un'altra relazione personale con esso, alla quale la legge unisce la chia-

mata all'eredità. La successione perciò è o *testamentaria* o *intestati* o *legitima hereditas*. L'ultima ha per requisito essenziale che non esista un testamento valido, sicchè essa (ad eccezione del testamento del soldato) non ha luogo nemmeno per quella parte dell'eredità, circa alla quale il testamento non ha direttamente disposto. *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. L. 39, D. de adq. her. 29, 2.

Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse earumque rerum naturaliter inter se pugna est «testatus» et «intestatus». L. 7, D. de R. I. 50, 17.

VII. — Il diritto successorio romano ha avuto una evoluzione storica ricchissima, nella quale sono a distinguere:

1) Il sistema ereditario del *jus civile* derivante dalla legge delle XII tavole.

2) La successione pretoria o *bonorum possessio* formatasi verso la fine della repubblica, accanto all'*hereditas civile.*

Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. L. 138, D. de V. S. 50, 16.

3) La legislazione dell'epoca imperiale che ha riformato il sistema dell'*hereditas* e lo ha fuso completamente con quello della *bonorum possessio*.

VIII. — In unione all'eredità sta il *legato*, come una ragione per ultima volontà subordinata all'esistenza di quella, e che al contrario di quella o non fonda alcuna successione nell'eredità, o fonda solo una successione in determinate parti, o almeno (come legato di eredità) nessuna cessione diretta.

Legatum est deliberatio hereditatis qua testator ex eo quod universum heredis feret, alicui quid collatum velit. L. 116, pr. D. de leg. I (30).

II. HEREDITAS

A) *Testamentaria hereditas.*

1. L'ATTO DEL TESTAMENTO

§ 95.

I. — Il testamento è disposizione sull'eredità e come tale

1) In riguardo alla sua nascita e al suo valore è disposizione di ultima volontà, cioè, un'estrinsecazione della volontà individuale, che acquista valore solo con la morte del disponente.

Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. L. 1, D. qui test. Fac. 28, 1.

Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum. L. 1, D. de a leg. 34, 4.

2) Riguardo al suo contenuto è essenzialmente nomina di uno o più eredi.

Testamento vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligetur totius testamenti heredis institutis. Gai II, 229.

II. — La capacità di far testamento richiede una speciale capacità giudirica, una determinata capacità d'agire e la capacità di lasciare un'eredità sottoposta alla propria disposizione.

A) Testamento factio è la partecipazione a quella comunione giuridica che rende capace di esser subietto dell'atto testamentario come *testatore, erede* o *testimonio*. La *testamenti factio* manca a chi non ha il *commercium* civile od è *intestabilis* per disposizione speciale.

Filius familias et servus alienus et postumus et surdus testamenti factionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel aliis adquirere possunt. MARCELLUS notat: furiosus quoque testamenti factionem habet, licet testamentum facere non potest. L. 16, pr. § 1, D. qui test. fac.

Item ex XII tabulis id est: *qui se sierit testarier libripensve fuerit ni testimonium fariatur, inprobus intestabilisque esto.* Gell. XV, 13, § 11.

Cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium. L. 26, D. qui test. fac.

Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi. L. 18, § 1 eod.

B) La capacità di agire richiesta manca all'*impubes* e al *prodigus*, come anche a colui che non è sicuro della sua capacità a testare ed è quindi incapace della decisione richiesta nella ultima volontà.

Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse aditamque ejus esse hereditatem, testamentum facere non potest, licet jam pater familias et sui juris est: nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest. L. 14, D. qui test. fac.

C) Non sono subietto di un patrimonio soggetto alla propria disposizione:

1) Quelle persone che come *homines alieni juris* non sono subietti di patrimonio proprio. Perciò:

a) Il *filius familias* è capace di testare solo relativamente al peculio *castrense* e *quasi castrense.*

b) Per privilegio i *servi publici* possono disporre per atto d'ultima volontà su *metà* del loro peculio come su patrimonio proprio.

Qui in potestate parentes est, testamenti faciendi jus non habet, adeo, ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen jure testari possit. L. 6, D. qui test. f. 28, 1.

Servus publicus populi Romani partis dimidiæ testamenti faciendi habet jus. Ulp. XX, 16.

2) In forza della speciale disposizione della *lex Junia Norbana* il *Latinus Junianus* è bensì finchè vive subietto di un patrimonio proprio, ma non subietto di una successione propria (§ 45, IV).

(Latini Juniani) licet ut liberi vitam suam peragebant attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum ita bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Juniæ manumissores detinebant. § 4 J. de succ. lib. 3, 7.

Latinus Junianus, item is qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est; is autem qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suæ testetur. Ulp. XX. 14, 15.

3) Nell'antichità la successione della donna andava agli agnati, sicchè poteva disporne coll'autorità del tutore soltanto colei che, o come liberta, o per esser uscita dalla propria famiglia senza entrare in alcun'altra, non aveva alcun agnato: ma sotto Adriano fu abolita la necessità di escire dalla famiglia. Dal requisito dell'*auctoritas tutoris* si faceva astrazione relativamente alla *bonorum possessio* in quei casi, nei quali essa, a causa della possibilità di costringere il tutore ad interporla, era una semplice formalità.

Si ea mulier testamentum fecit, quæ se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto prætoris secundum eas tabulas possessio dari. Cic. top. 4.

Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coëmptio, tunc enim non aliter feminæ testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibus dam personis, quam si coëmptionem fecissent, remancipatæque et manumissæ fuissent, sed hanc necessitatem coëmptionis faciendæ ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit. Gai I, 115.

Observandum præterea est, ut si mulier, quæ in tutela est, faciat testamentum, tutore auctore facere debeat; alioquin inutiliter jure civili testabitur. Prætor tamen... scriptis heredibus testamenti bonorum possessionem pollicetur. — Loquimur autem de his scilicet feminis, quæ non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed... alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri. Gai II, 118 e seg.

III. — La forma del testamento richiedeva originariamente l'approvazione del *populus* e più tardi la presenza di *testimonii*, che però nell'ultimo periodo poteva esser supplita dall'intervento del magistrato.

A) Il più antico testamento richiedeva la cooperazione dei *pontifices* e l'assistenza o della cittadinanza raccolta nei *comitia calata* o dell'esercito schierato in battaglia *(testamentum in procinctu)*.

Testamentorum genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant; aut in procinctu i. e. cum belli causa arma sumebant. Gai II. 101.

Calata comitia esse, quæ pro collegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse curiata, alia centuriata. — Isdem comitiis... et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Gell. 15, 27.

B) Ad esso si aggiunse il testamento *per æs et libram*, applicazione della forma della *mancipatio* alla disposizione sull' eredità che a poco a poco subentrò all'antica forma del testamento. Il testatore alienava la propria successione ad un *familiæ emptor* e manifestava nel resto la sua volontà nell'aspetto di un mandato a lui diretto. Più tardi la *familiæ mancipatio* divenne una semplice formalità; disposizione effettiva era allora soltanto la *nuncupatio testamenti* che la racchiudeva in sè e anche questa divenne poi semplice conferma verbale del documento scritto tenuto in mano dal testatore.

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per æs et libram agitur. — Hoc vero solum, quod per æs et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat, nam olim familiæ emptor i. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquantur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiæ emptor adhibetur. Gai. II. 102, 103.

In testamento, quod per æs et libram fit, duæ res aguntur, familiæ mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: Tabulas testamenti testator tenens ita dicit: *Hæc, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* Ulp. XX, 9.

C) Per la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* il pretore astraeva dalla *familiæ mancipatio* divenuta vana formalità, richiedendo soltanto la presentazione di un testamento scritto, della cui autenticità facean fede i sigilli del numero di testimonii richiesto dalla legge per far testamento: si considerava tale il numero di sette, poichè l'*emptor familiæ* e il *libri pens*, spogliati di questa loro speciale importanza, rimanevano pur essi testimonii.

Si de hereditate ambigitur et tabulæ testamenti obsignatæ non minus multis signis quam a lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo; hoc traslaticium est. Cic. in Verr. I, 45, 117.

D) Caduta affatto in disuso la *familiæ mancipatio*, già da lungo tempo spogliata della sua importanza, rimase forma normale di testare la dichiarazione — fatta in un solo atto continuato — scritta o verbale innanzi a sette testimonii. I testimonii debbono essere *masculi, puberes* e requisiti per udire l'ultima volontà *(rogati)*; non debbono esser congiunti al testatore o agli eredi mediante l'unità della potestà domestica. Il testamento scritto deve essere firmato dal testatore e sigillato dai testimonii dopo averlo sottoscritto. Fino a Teodosio II fu necessaria al testamento la lingua latina.

Quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est: jure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria. Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto prætoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc jus tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum præsentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto prætoris.

Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.

Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate ejus est neque pater ejus qui habet eum in potestate neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim... et veteres, qui familiæ emptorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his, qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare... tamen nos... Ad imitationem pristini familiæ emptoris merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris optinet, nec aliis personis, quæ ei ut dictum est conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare. § 1-3, 14, 10 J. de test. ord. 2, 10.

E) Oltre all'accoglimento dell'ultima volontà da testimonii o testamento *privato*, v'è il testamento *pubblico* accolto dal magistrato, il quale si fa o dichiarando l'ultima volontà in un protocollo del tribunale (*t. apud acta conditum*) o consegnando il documento testamentario al principe (*testamentum principi oblatum*).

F) Testamenti privilegiati sono:

1) A causa della persona del testatore, il *testamentum militis*, favorito già sotto Cesare, e stabilmente sotto Nerva, il quale è libero da ogni formalità ed è valido quando il testatore muore durante il servizio od un anno dopo di averlo lasciato. Come la volontà del soldato non è vincolata ad alcuna forma di manifestazione, anche quanto al contenuto è liberata da molte limitazioni altrimenti imposte all'ultima volontà, in ispecie essa non è soggetta ad alcuna limitazione nella nomina dell'erede o nel lascito dei legati; inoltre egli può restringere la sua disposizione a singole parti o cose dell'eredità, dimodochè quanto al resto si abbia una successione intestata (V. § 46 III).

De militis testamento ideo separatim proconsul edicit, quod optime novit, ex constitutionibus principalibus propria atque singularia jura in testamenta eorum observari.

Si miles suum ex fundo heredem scripseit, creditur, quantum ad residuum patrimonium, intestatus decessisse; miles enim pro parte testatus poestt decedere pro parte intestatus. L. 2, 6, D. de test. mil. 29, 1.

2) A causa del suo contenuto fu reso facile sotto Teodosio II il fare quel testamento in cui sono istituiti eredi soltanto i discendenti legittimi del testatore.

Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos parentibus utriusque sexus habeatur non voluimus. L. 21 § 3 C. quemadm. test. ord. 6, 25.

IV. — Il testamento perde la sua importanza giuridica

1) Come *testamentum irritum*, se è cessata la possibilità di testare nel testatore (II, A. C.) o la possibilità della sua realizzazione per la scomparsa degli eredi (*t. destitutum*);

2) Come *testamentum ruptum* per un *testamentum posterius jure factum* o per la *agnatio postumi* che nell'effetto è uguale a questo: la possibilità di cassare il suo testamento senza farne uno nuovo è stata concessa al testatore soltanto dal pretore.

Testamentum jure factum infirmatur duobus modis, si ruptum aut irritum factum sit. Rumpitur testamentum mutatione, id est si postea aliud testamentum jure factum sit, item agnatione i. e. si suus heres agnascatur qui neque heres institutus neque ut oportet exheredatus sit. — Irritum fit testamentum, si testator capite diminutus fuerit aut si jure facto testamento nemo extiterit heres. Ulp. XXIII, 1, 2, 4.

Consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quæ in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur L. 1 § 3 D. de his quæ del. 28, 4.

2. IL CONTENUTO DEL TESTAMENTO.

§ 96.

I. Contenuto essenziale del testamento è la nomina di uno o più eredi, che, secondo l'antico diritto, doveva precedere nella forma di comando diretto tutte le altre disposizioni, invalide senza di essa.

II. — La capacità di esser chiamato per testamento alla successione (*testamenti factio cum testatore*) deve già esistere al tempo in cui è fatto il testamento, come pure dalla morte del testatore fino all'adizione dell'eredità.

In extraneis heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam jus heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis exsistentem mutatio juris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus. L. 50 § 1, D. de her. i. 27, 5.

A. Essa manca ai peregrini privi del *commercium*, non già agli uomini *alieni juris;* in particolare gli schiavi sono capaci in forza della loro chiamata di fare erede il loro padrone mercè l'accettazione seguìta col volere del padrone: invece gli schiavi proprii del

testatore e coloro che stanno nel suo *mancipium* possono essere istituiti eredi solo in unione alla loro manomissione.

Proprius servus cum libertate heres institutus, si quidem in eadem causam permanserit, ex testamento liber et heres fit, idest necessarius; quod si ab ipso testatore vivente manumissus vel alienatus sit, suo arbitrio vel jussu emptoris hereditatem adire potest. Sed si sine libertate sit institutus omnino non consistit institutio. Ulp. XXII. 11, 12.

Dalla chiamata per testamento a certe eredità sono esclusi:

1) Secondo la *lex Voconia* le donne di fronte agli appartenenti alla prima classe del censo. Gai. II. 274.

2) Secondo costituzioni imperiali dell'ultimo periodo il padre che avesse discendenti legittimi non poteva lasciare ai figli di concubine più di 1|12 del suo patrimonio, così il *binubus* al nuovo coniuge non più che a ciascun figlio di primo letto, e la sposa a lui unitasi violando l'anno di lutto non più che 1|3 del proprio patrimonio.

B. In antico non potevano esser chiamate per testamento le *personæ incertæ*, cioè quelle persone che il testatore non poteva rappresentarsi come individui determinati perchè esse o non sono indicate individualmente, cioè nè come un singolo individuo determinato nè come uno di più determinati individui, o all'epoca in cui vien fatto il testamento non sono ancora divenute individui determinati per sè stessi esistenti, cioè non sono nate o finalmente come persone giuridiche non sono individui.

Questo principio si modificò:

1) Relativamente a' *postumi sui*, cioè a coloro che in seguito cadono sotto la *patria potestas* o *manus* del testatore non per mezzo di terzi, o vi sarebbero caduti se il testatore viveva ancora. Già prima si permetteva l'istituzione di congiunti sperati pel caso della loro nascita dopo la morte del testatore (*postumi legitimi*). Per l'istituzione di un nipote nato da un figlio sopravvissuto al testatore, Gallo Aquilio stabilì una *formula* (*postumi Aquiliani*). Dopo che infine la *lex Junia Velleia* ebbe reso possibile la considerazione dei nati posteriormente durante la vita del testatore, la capacità di ereditare per testamento fu illimitatamente riconosciuta nei *postumi sui*.

2) La capacità di ereditare delle persone giuridiche fu riconosciuta nella chiamata dei municipii all'eredità dei loro proprii liberti

e fu attribuita in forza di particolari concessioni anche ad alcune divinità: per diritto giustinianeo essa spetta agli istituti chiesastici e ai municipii generalmente.

Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: *Quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto;* quoniam certum consilium debet esse testantis.

Eos qui in utero sunt, si nati sui, heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes; si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia.

Nec municipium nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est... senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. — Deos heredes instituere non possumus præter eos, quos senatusconsulto costitutionibusve principum instituere concessum est. Ulp. XXII, 4, 6, 19.

III. — A limitazioni è soggetto il contenuto del testamento per la necessità di considerare certi parenti chiamati alla successione intestata.

A. Coloro che sono eredi intestati del defunto come *sui heredes* cioè come tali che senza la sua morte si troverebbero in sua potestà, debbono nel testamento o esser istituiti eredi o rimossi con speciale disposizione dall'eredità (*exheredare*). Però tra i figli e gli altri *sui* v'è la differenza:

1) Che l'*exeredatio* di un figlio può avvenire soltanto *nominatim*. quella degli altri anche *inter ceteros*.

2) Se un figlio non è nominato erede nè convenientemente diseredato, il testamento manca di ogni valore giuridico; se invece sono preteriti altri *sui*, il testamento vien conservato come se essi fossero stati nominati avanti agli eredi scritti (*scriptis heredibus adcrescunt*) e ciò in rapporto agli eredi *sui* instituiti secondo la misura della parte che si devolverebbe loro *ab intestato*, mentre di fronte agli altri prendono con la loro concorrenza la metà della successione. Invece l'*agnatio* di un *postumus* non considerato (perciò originariamente qualunque v. II, *B*) produceva eccezionalmente la *ruptio testamenti*.

Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi, quos in postestate habemus, tam naturales quam adoptivi: item uxor, quæ in manu est, et nurus, quæ in manu est filii, quem in potestate ha-

bemus. Postumi quoque liberi, id est qui in utero sunt, si tales sunt ut nati in potestate nostra futuri sint suorum heredum numero sunt. Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus non patitur valere testamentum. Reliquæ vero personæ liberum, velut filia, nepos, neptis, si præteritæ sint, valet testamentum; quo scriptis heredibus adcrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam. Postumi quoque liberi cujuscumque sexus omissi quod valuit testamentum agnatione rumpunt. — Filius qui in potestate est, si non instituatur heres, nominatim exheredari debet; reliqui sui heredes utriusque sexus aut nominatim aut inter ceteros. Postumus filius nominatim exheredandus est, filia postuma ceteræque postumæ feminæ vel nominatim vel inter ceteros; dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur. Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi præter filium venominatim vel inter ceteros cum adiectione legati sunt exheredandi; sed tutius tamen est nominatim eos exheredari, et id observatur magis. Ulp. XXII, 14, 18, 20, 22.

B. L'irragionevole esclusione dei più prossimi parenti dall'eredità fa sembrare il testamento non *injustum* ma *inofficiosum*, valido ma sconveniente. Verso la fine della repubblica si formò presso i Tribunali centumvirali la pratica di rescindere, su lamento per una indecorosa omissione diretto contro gli eredi testamentari entro cinque anni (*querela inofficiosi testamenti*), un tal testamento come se fosse stato fatto in istato di incapacità di disporre. Sono autorizzati alla querela, in quanto nel singolo caso siano i più prossimi eredi *ab intestato*, gli ascendenti, i discendenti e i fratelli, questi però per disposizione di Costantino solo se agnatizii e di fronte a turpi persone loro preferite. È esclusa la querela per lascito di quel minimo valore che aspetterebbe all'attore se fosse stato istituito nella sua porzione legittima, cioè: secondo la *lex Falcidia* (§ 105, I, *C*) un quarto della quota legale, sia per istituzione di erede sia in altra forma.

Sciendum est frequentes esse inofficiosi querelas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent. Hujus autem verbi « de inofficioso » vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne præteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanæ mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret. L. 1, 5. D. de inoff. 5. 2.

IV. — L'istituzione di erede è:

1) Ordinamento di una successione immediata e definitiva nella eredità: *semel heres semper heres*. Essa può avvenire sotto condizione, ma non *ex die, ad diem* nè sotto condizione resolutiva. La disposizione di ultima volontà, cui è apposta una illecita determinazione accessoria vien conservata togliendo questa; così pure quella avvenuta sotto una condizione turpe od impossibile.

Heres et pure et sub condicione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus, non potest, veluti post quinquennium quam moriar vel ex kalendis illis aut usque ad kalendas illas heres esto: diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset. L. 9 J. de her. inst. 2, 14.

Condiciones, quæ contra bonos mores inseruntur, remittendæ sunt, veluti si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non præstiterit. L. 9 D. de cond. inst. 28, 7.

Obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas. L. 3 D. de cond. 35, 1.

2) Il complesso delle istituzioni d'erede si estende necessariamente su tutta la eredità: se esso non fa ciò pel suo contenuto immediato, viene esteso a tutto il patrimonio relitto mercè l'aumento proporzionale delle quote ereditarie assegnate. Gli eredi nominati *sine parte* accanto a quelli istituiti in quote determinate si considerano istituiti nel resto.

Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit: et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eadem parte concurrent. Si vero totus as completus sit, in partem dimidiam vocatur et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus an medius an novissimus sine parte scriptus sit: ea enim pars data intellegitur quæ vacat. Videamus, si pars aliqua vacet nec tamen quisquam sine parte heres institutus sit, quid juris sit? veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent: et ex diverso si plus in portionibus sit, tacite singulis decrescere, ut, si verbi gratia quattuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset. § 6, 7 J. de her. inst. 2, 14.

3) Il testatore può *plures heredum gradus facere* o fare *sostituzioni*, cioè nominare un erede pel caso che quello da lui nominato non divenga erede. Insieme a questa *substitutio vulgaris* o in *primum casum* v'è la *substitutio pupillaris*, poichè il padre di famiglia può nel suo testamento — o in un testamento speciale che è come appendice del proprio — nominare eredi agli impuberi *sui* pel caso che essi muoiano prima della pubertà.

Liberis nostris impuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita... sustituere possumus, ut si heredes non extiterint, alius nobis heres sit, sed eo amplius ut etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, fit eis aliquis heres, velut hoc modo: *Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus mihi heres erit et hic prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc ei Seius heres esto.* Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quamobrem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum. — Ita substituere possumus... etiam exheredatis. Gai. II. § 179, 180, 182.

V. — Oltre l'istituzione d'erede il testatore può fare disposizioni testamentarie

1) Su singole cose dell'eredità, che egli lascia per legato ai terzi o alle quali, come a schiavi, lascia la libertà.

2) Sui superstiti impuberi che per la morte del testatore divengono *sui juris*, potendo nominar a loro tutori con la *tutoris datio*, o eredi con la *pupillaris substitutio*.

3) Può obbligare colui, cui per la morte del disponente perviene qualcosa, mediante un *modus* o con un legato.

B) *Intestati successio.*

§ 97.

I. — È erede *ab intestato* anzitutto il *suus heres*. Continuando egli la famiglia del defunto, di cui faceva parte fin qui, la sua successione non è come quella di un estraneo appropriazione di un'eredità o congiunzione del patrimonio lasciato dal defunto col proprio ma ele-

vazione a subietto di un patrimonio che già per l'innanzi mercè la sua partecipazione alla *familia* del defunto non gli era estraneo e che gli era proprio come a continuatore di questa *familia.* Nascendo direttamente dall'organizzazione della *familia* anche la successione dei *sui* non è ordinata nelle XII tavole, ma vi è presupposta come cosa di naturale intelligenza. Coloro che mediante un terzo appartengono al *pater familias* ne prendono il luogo per la sua scomparsa a causa di morte o *capitis deminutio;* i più lontani *sui* ereditano, accanto ai parenti più prossimi, *in stirpes,* cioè coloro la cui parentela col *pater familias* è occasionata da un terzo ereditano tutti insieme nella misura medesima, in cui questi avrebbe ereditato, se esistesse ancora come *suus.*

In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat. L. 11, D. de lib. et port. 28, 2.

Cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit, æquum enim videbatur, nepotes neptesve in patris suis locum portionemque succedere, pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul omnes vocantur ad hereditatem. Et quia placebat nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditates dividi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam; item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat ed ad tres aut quattuor altera dimidia. Gai III. 7, 8.

II. — Se il morto non lascia alcun *suus,* la legge chiama all'eredità:

A. Il *proximus agnatus* cioè gli agnati più vicini al tempo dell'apertura della successione intestata. In contrapposto al *suus* ossia

al proprio discendente, l'*agnatus* in stretto senso è il collaterale o discendente degli ascendenti.

1) Fra più agnati decide semplicemente la vicinanza del grado; agnati di ugual grado sono chiamati a posti uguali. Una limitazione a gradi determinati non v'è: soltanto le donne sono chiamate, *Voconiana ratione*, esclusivamente come agnate prossime *assolutamente* (sorelle).

2) Per la chiamata è decisiva l'epoca in cui si stabilisce che non v'è luogo a successione testamentaria, quindi nel caso che sia relitto un testamento valido il tempo in cui esso è destituito. Una chiamata successiva di agnati più remoti nel caso che i più prossimi vengano a mancare non può aver luogo; *in legitimis hereditatibus successio non est.*

3) Il chiamato *ab intestato* invece di appropriarsi l'eredità può anche abbandonarla ad un altro con la *in jure cessio hereditatis.*

Cautum est iege XII tabularum: *si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.* Ulp. XXXVI, 1.

Fœminæ ad hereditates legitimas ultra consanguineorum successiones non admittuntur, idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum: ceterum lex XII tabularum sine ulla discretione sexus adgnatos admittit. Paul. IV, 8 § 22.

Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est, aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. Nec in eo jure successio est, ideoque si adgnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit. Gai III. 11, 12,

Hereditas quoque in jure cessionem recipit. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. Gai II. 34, 35.

Tiene presso i manomessi luogo degli agnati il patrono (o la patrona) o rispettivamente il quasi patrono e la sua discendenza agnatizia secondo il grado della loro parentela. La successione del *Latinus Junianus* e di colui, che senza la sua restrizione alla *libertas dediticia* sarebbe divenuto latino, si devolveva al suo patrono e suoi eredi non come eredità, ma come se egli non fosse mai divenuto libero: però

un *senatus consultum Largianum* (42 dopo C.) ha preferito agli *extranei heredes* del patrono i suoi *liberi* a meno che non li abbia *nominatim* diseredati (Gaio III, 55-76).

Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet; deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum patronam liberosve patroni. Si sit patronus et alterius patroni filius, ad solum patronum hereditas pertinet. Item patroni filius patroni nepotibus obstat. Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet ita, ut in capita, non in stirpes dividatur. Ulp. XXVII. 1, 4.

B. Se non vi sono agnati, la legge chiama all'eredità i *gentiles.*

Si adgnatus defuncti non sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: *si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Nunc nec gentiles nec gentilicia jura in usu sunt. Coll. XVI, 4.

III. — Se nessuno è chiamato all'eredità,

1) Le cose ereditarie come beni senza proprietario erano in antico abbandonate al primo occupante. Ma dopo la *lex Julia et Papia Poppæa* la successione senza erede (*bona vacantia*) si devolve all'*ærarium,* più tardi al *fiscus,* che prende il luogo di erede e colla vendita può porre un altro al suo posto. Da Costantino in poi vanno innanzi al fisco certe corporazioni a cui apparteneva il defunto (per es. come *decurio* o soldato).

Si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem sed jus suum omiserit, populo bona deferentur ex lege Julia caducaria Ulp. XXVIII, 7.

Ei, qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur. L. 54 pr. D. de H. P. 5, 3.

Quotiens lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa præstantur, quæ præstare cogeretur heres, a quo relicta erant. L. 96 § 1 D. de leg. I. 30.

2) Oltre alle eredità prive di eredi erano in antico oggetto dell'appropriazione dei terzi e quindi non oggetto di furto, anche quelle cose ereditarie che l'erede, a meno che non fosse un *suus* o *necessarius heres,* non si era ancora appropriate di fatto. L'occupante ne

diveniva proprietario mercè l'*usucapio pro herede*, che, al contrario delle altre usucapioni, non solo non richiedeva la *bonæ fidei possessio*, ma si compiva per tutte le cose col possesso di un anno, a causa delle credenza, riconosciuta erronea dalla giurisprudenza posteriore, che oggetto di tale usucapione fosse non tanto la singola cosa, la cui usucapione circa ai fondi avrebbe richiesto un possesso biennale, quanto l'eredità stessa. Nell'epoca imperiale questa usucapione divenne priva di effetto di fronte all'avente diritto a succedere, e in seguito il depredamento dell'eredità, non ancora acquistata o posseduta dall'erede, fu dichiarato delitto (*crimen expilatæ hereditatis*).

In tantum hæc usucapio concessa est, ut et res quæ solo continentur anno usucapiantur. Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsæ hereditates usucapi credebantur scilicet anno; lex enim XII tab. soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quæ solo tenentur, annua usucapio remansit. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. — Sed hoc tempore... ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur: et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Necessario tamen herede extante nihil ipso jure pro herede capi potest. Gai II. 53, sqq.

Si quis alienam hereditatem expilaverit, extra ordinem solet coerceri per accusationem expilatæ hereditatis, sicut et oratione divi Marci cavetur. — Apparet autem expilatæ hereditatis crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessæ sunt. L. 1, 3 D expilatæ heredit. 47, 19.

3) Contro la successione non passata ad alcun successore, i creditori hanno il diritto della vendita allo scopo di esser soddisfatti (§ 40, III), però per una costituzione di Marco Aurelio uno dichiarato libero per ultima volontà o anche un terzo può pretendere la successione per sè soddisfacendo pienamente i creditori ed effettuando

tutte le liberazioni contenute nel testamento *(bonorum addictio libertatum servandarum causa)*.

Accessit novus casus successionis ex costitutione divi Marci. Nam si hi, qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur. Et ita rescripto divi Marci ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent: *Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente in ea causa bona esse coeperunt, ut veniri debeant : is cujus de ea re notio est aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo.* pr. J. de eo cui libertatis causa bona addicuntur. 3, II.

C) *Adquisita hereditas.*

§ 98.

I — L'acquisto dell'eredità è identico con la chiamata per gli eredi sottoposti alla potestà domestica del defunto, cioè:

1) Pel *necessarius seu servus heres*, che però per i debiti ereditarii non è tenuto oltre l'ammontare dell'eredità.

2) Pel *suus et necessarius heres*, a cui però il pretore ha concesso il *beneficium abstinendi*. Allo stesso beneficio partecipa il manomesso *ex mancipio*.

Inter necessarios heredes, id est servos cum libertate heredes scriptos, et suos et necessarios, id est liberos qui in potestate sunt, jure civili nihil interest: nam utrique etiam inviti heredes sunt; sed jure prætorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur, necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur. Ulp. XXII, 24.

Qui facultatas suspectas habet, solet servum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius hujus heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quæ accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio, sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur; sed alio jure utimur. Pro hoc tamen incom-

modo illud ei commodum præstatur, ut ea quæ post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur. Gai. II. 154, 155.

Abstinendi potestatem facit prætor etiam ei, qui in causa mancipii est... cum necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus. Gai II, 160.

II. — L'*heres voluntarius* divien erede con l'*adizione* dell'eredità.

A. L'accettazione come la rinunzia (*repudiatio*) dell'eredità richiede oltre alla necessaria capacità di ereditare, che la chiamata valida all'eredità sia non solo decisa obiettivamente, ma anche subiettivamente certa. Secondo la *lex Julia et Papia Poppæa* l'eredità testamentaria non può essere adita prima dell'apertura del testamento, che nell'interesse della tassa di successione deve avvenire innanzi al magistrato.

In repudiando hereditate vel legato certus esse debet de suo jure is qui repudiat. L. 23, D. de adq. her. 29, 2.

B. L'adizione (*aditio*) avviene quando il chiamato si manifesti erede o col fatto (*pro herede gestio*) o con una dichiarazione qualunque: la dichiarazione può essere soltanto semplice e senza riserva, non condizionata o parziale accettazione dell'eredità. Un termine per accettare vi è solo:

1) Nel caso di prescrizione testamentaria, che si usava fare prescrivendo di accettare entro 100 giorni nella determinata forma della *cretio;* la possibilità dell'acquisto cessa qui con lo spirare del termine.

2) I creditori dell'eredità possono fare assegnare dal magistrato un termine per l'accettazione.

Extraneus heres, si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres; si vero sine cretione, pro herede gerendo. Pro herede gerit qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur; velut qui emtionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat. Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum utrum expediat ei adire hereditatem nec ne, velut: *Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque, nisi ita creveris, exheres esto*. Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum. *Quod me Macrius heredem instituit eam hereditatem adeo cernoque*. Ulp. XXII, 25-28.

At is, qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo jure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo, aut pro herede gerendo, vel etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri, eique liberum est, quocumque tempore voluerit, adire hereditatem (sed) solet præter postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velint, adeant, hereditatem; si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere. Si quis autem cum cretione heres institutus est (sicut) nisi creverit hereditatem, non fit heres, ita non aliter excluditur, quam si non creverit intra id tempus, quo cretio finita sit: itaque licet ante diem cretionis constituerit, hereditatem non adire, tamen pœnitentia actus, superante die cretionis, cernendo heres esse potest. At hic, qui sine cretione heres institutus est, quique ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et cretionis destinationem statim ab hereditate repellitur. Gai II, 167-169.

C. Un ostacolo all'adizione era l'*incapacitas* dichiarata dalla *lex Julia et Papia Poppæa* per il *cælebs* e per l'*orbus* e dalla *lex Junia Norbana* pel latino Giuniano.

III. — Mediante l'acquisto dell'eredità, l'erede diventa subietto dei rapporti giuridici ereditati nel modo stesso che di tutti i rapporti giuridici fondati nella sua persona. Però i creditori ereditarii, che rinunzino alla soddisfazione sul patrimonio proprio dell'erede, hanno il diritto di soddisfarsi sull'eredità a preferenza degli altri creditori dell'erede (*beneficium separationis*).

Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta debitorem quis Seium habuit: hic decessit: heres ei extitit Titius: hic non est solvendo: patitur venditionem: creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. L. 1, § 1, D. de separ., 42, 6.

A. L'erede ha contro i terzi, oltre le azioni ereditate, una speciale *universalis in rem actio*, la *petitio hereditatis*.

1) Essa fa valere la successione contro colui, che detiene una qualunque parte dell'eredità *pro herede* o *pro possessore*, cioè si attribuisce o il diritto della successione o nessun diritto sulla cosa.

Regulariter definiendum est, eum demum teneri potitione hereditatis qui vel jus pro herede, vel pro possessore providet, vel rem hereditariam. L. 9, D. de her. pet. 5, 3.

Pro possessore vero possidet prædo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit: quia possideo, nec contendat se heredem vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere. L. 11-13 pr. eod.

2) Essa richiede riconoscimento dell'eredità e restituzione, non solo di ciò, che il convenuto possiede dell'eredità, ma anche, secondo un *Sc. Juventianum* dell'epoca di Adriano, il guadagno che esso ricavò del suo possesso ereditario, in quanto egli, come *bonæ fidei possessor*, non l'abbia di nuovo perduto.

Præter hæc multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo præterito et de fructibus, de quibus cum forma senatus consulto sit data, optimum est ipsius senatus consulti intrepretationem facere verbis eius relatis: « placere, a quibus hereditas « petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, prætia, quæ ad eos rerum « ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eæ ante petitam hereditatem « deperissent deminutæve fuissent, restituere debere. Item eos qui bona « invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem conte- « statam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandus, quasi « possiderent: eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se « pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re « facti essent. » L 20, § 6, D. h. t.

B. Di fronte ai coeredi il singolo erede

1) relativamente ai diritti reali, che ammettono una pluralità di aventi diritto, sta in un rapporto di comunione, al cui scioglimento è diretta l'*actio familiæ herciscundæ*. Invece le obbligazioni ereditarie non fanno luogo a comunione alcuna (Cfr. § 81, III, *A*).

Hæc actio proficiscitur a lege XII tab.; namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariæ distribuerentur. Plane ad officium judicis nonnumquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia sæpe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet, nec tamen scilicet hæc adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo partim procuratorio nomine conveniatur, nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo

loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt. Ceteræ itaque res præter nomina veniunt in hoc judicium. L. 1, pr. L. 3, 4, D. fam. herc., 10, 2.

2) Se i coeredi vengono a mancare, la successione, in mancanza di altra disposizione, si estende *ipso jure* sulle quote ereditarie divenute libere; se più eredi sono chiamati alla stessa quota ereditaria, con il mancare dei coeredi cade la restrizione prodotta dalla loro esistenza. La lex Julia et Papia Poppæa ha, in vantaggio del padre nominato nello stesso testamento ed eventualmente dell'erario, impedito questo *jus accrescendi* riguardo al *caducum*. Giustiniano ha stabilito nella sua pienezza il *jus accrescendi*.

Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis qui adierint adcrescit illorum portio, et licet decesserint antequam adcresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. L. 9, D. de suis 38, 16.

Tum quis ea institutis, qui non cum aliquo conjunctus institutus sit, heres non est, pars eius omnibus pro portionibus hereditariis adcrescit. L. 60, § 9, D. de her. inst., 28, 5.

Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. L. 80, D. de leg III, (32).

Quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit et per desuetudinem abolita, ita et a nobis circa caducorum observationem invidiosum suum amittat vigorem. L. un., § 1, C. de caducis toll. 6, 51.

IV. — Per certe ragioni, l'eredità per *indignitas* dell'erede si devolve talora al fisco, talora a terze persone, alle quali spetta quindi il diritto di pretenderla come *ereptorium* dell'erede. La indegnità si fonda talora nell'unione illecita col defunto, talora in un'offesa alla sua persona o nella disobbedienza alla sua ultima volontà, talora finalmente nella propria volontà del defunto, sia essa manifestata senza effetto giuridico o soltanto presunta.

L'indegnità produce, non solamente una perdita della eredità acquistata, ma l'esclusione dal suo acquisto, sicchè tra le cause dell'esclusione di questo debbono distinguersi quelle che rendono impossibile

di esser chiamato all'eredità, quelle che impediscono di accettarla e quelle che frastornano l'acquisto dell'eredità mediante l'effetto che avviene in luogo di esso.

Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per neglegentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur. Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non poterat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem abstulit iam pridem senatus hereditatem.

Claudius Seleucus Papiniano suo salutem. Mævius in adulterio Semproniæ damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem: quia moriens herèdem eam reliquit: quæro an justum matrimonium fuerit et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi neque tale matrimonium stare neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est ad fiscum pervenire, sed et si talis mulier virum heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus.

Si testamentum patris jures factum filius negavit, quoniam de jure disputavit, non judicium impugnavit aut accusavit, retinet defuncti voluntatem. L. 3, 12, 13, 24 D. de indignis, 34, 9.

III. BONORUM POSSESSIO.

1. *In generale.*

§ 99.

I. — *Bonorum possessio* è la successione in conformità dell'Editto pretorio. Il *bonorum possessor* è successore universale del defunto, non per il *jus civile,* ma in forza di un riconoscimento del pretore. Le azioni pro e contro il defunto, che spettano agli eredi e contro loro come *directæ,* sono date dal pretore al *bonorum possessor* come *ficticiæ;* lo si tratta dunque come un *heres,* lo sia egli o no realmente.

In omnibus vice heredum bonorum possessores habentur. L. 2, D. h. l. 37, 1.

Qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit: cum enim prætorio jure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas

actiones et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere *suum esse*, neque id quod defuncto debebatur, potest intendere *dari sibi oportere;* itaque se ficto herede intendit, veluti hoc modo, *judex esto si Aulus Agerius*) id est ipse actor) *Lucio Titio heres esset, tum si fundum, de quo agitur, ex jure quiritium ejus esset oporteret;* vel si quid debeatur præposita simili fictione intentio ita subicitur: *tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia dare oportere.* Gai IV, § 34.

II. — Come il diritto pretorio col civile, così la *bonorum possessio* sta coll'*hereditas* nel triplice rapporto di conferma, di complemento e di correzione, spettando essa talora alle stesse persone alle quali spetta l'*hereditas*, talora ad altre, e a queste talora in mancanza, talora in sostituzione dei chiamati dal diritto civile. *Cum re* è la *b. p.* efficace di fronte a chiunque, anche all'*heres; sine re* quella inefficace di fronte all'*heres;* essa è sempre *sine re* di fronte all'*heres* chiamato alla *b. p.* prima del *b. possessor*, sebbene non dlvenuto *b. possessor*.

Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re, si is qui accepit, cum effectu bona reniteat; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit. Ulp. XXVIII, 13.

III. — Come l'*hereditas*, così la *bonorum possessio* talora presuppone l'esistenza, talora l'inesistenza di un testamento; la vocazione presupponente un testamento è però non solo chiamata degli istituiti nel testamento, ma anche dei tralasciati nel testamento e chiamati a sostituire gli eredi testamentarii. Deve perciò distinguersi la *bonorum possessio contra tabulas, secundum tabulas* ed *intestati.*

Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quædam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quædam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus jus legitimum vel non abentibus propter capitis deminutionem. L. 6, § 1, D. h. t.

IV. — L'acquisto della *bonorum possessio* segue per *datio* del pretore, che però, di regola, avviene, senza più, sul fondamento della allegazione di una causa di vocazione conforme all'editto — si capisce nel presupposto che si riscontri realmente — sicchè la dichiarazione presso il pretore (*agnitio*) si presenta già come atto d'acquisto. Di

fronte a questa *b. p. edictalis* sta la *b. p. decretatis*, concessa sulla base di una *causæ cognitio*. La dichiarazione deve avvenire entro il determinato termine, computato *utiliter*, di un anno per gli ascendenti e discendenti, secondo l'analogia dell'*usucapio pro herede*, di cento giorni, come il termine della crezione, per gli altri chiamati, dopo il qual termine la *bonorum possessio* viene concessa agli appartenenti alla classe seguente datisi in nota.

Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent et creditoribus longior mora fieret, e re igitur prætor putavit præstituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem. L. 1 pr., D. de succ. ed., 38, 9.

Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum ex quo petere potuerunt; ceteris intra centum dies. Qui omnes intra id tempus si non petierunt bonorum possessionem, sequens gradus admittitur, perinde atque si superiores non essent. Ulp. XXVIII, 10, 11.

V. — Il *bonorum possessor* ha:

1) per il possesso preliminare dell'eredità l'*interdictum quorum bonorum*, mediante il quale ottenere la *b. p.*, è di valore anche per l'*heres*.

Ait prætor: « Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod « de his bonis pro herede aut pro possessores possides possideresve, si « nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desinere pos- « dere, id illi restituas ». L. 1, pr. D. quor. bon. 43, 2.

2) La parificazione della *b. possessio* con l'*hereditas* fu compiuta sotto Diocleziano mercè l'estensione analogica della *hereditatis petitio* alla *b. p.* come *possessoria h. p.*

Si successionem... honorario vel civili jure quæsiisti, res hereditarias... hereditatis petitione vindicare potes. Diocl., L. 9, C. de pet. her., 3, 31.

VI. — Solo provvisoriamente fino alla decisione sull'istanza del diritto alla successione è concessa la *decretalis bonorum possessio*, che *ventris nomine* è accordata alla vedova pregnante fino alla decisione del parto, ed *ex Carboniano edicto* ai *liberi* impuberi fino alla decisione sul loro stato giuridico controverso, la quale era sospesa fino all'epoca della pubertà.

Sicuti liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam prætor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit, nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem. L. 1 pr. de ventre in p. mitendo., 37, 9.

Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur. L. 1, pr. de Carb ed., 37, 10.

2. *Le singole classi.*

§ 100.

I. — *Contra tabulas,* cioè nel caso che sia lasciato un testamento valido, almeno per diritto pretorio, che li trascuri, sono chiamati alla *bonorum possessio*

A) I *liberi* parificati dai pretori ai *sui*

Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas quæ liberis promittitur locum habet, sive quis heres exstiterit sive non: et hoc est quod dicimus contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem: quod in patrono contra est. L. 4 pr. D. de b. p. c. h., 37, 4.

1) La loro chiamata presuppone che essi non siano nominati eredi, nè siano diseredati, come *masculi nominatim*, come *feminæ inter ceteros. Commisso per alios edicto*, cioè pel caso che altri omessi si presentino, possono invocare la *b. p. contra tabulas* anche i *liberi* non istituiti, anche se passati in un'altra famiglia.

Emancipatos liberos quamvis jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit, tamen prætor jubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros; aliquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur. Ulp. XXII, 23.

Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet: cum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? plane si alius commitat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur. L. 3, § 11, D. h. t.

In adoptionem datos filios non summoveri prætor voluit, modo heredes instituti sint, et hoc justissime eum fecisse Labeo ait: nec enim in totum

extranei sunt, ergo si fuerunt heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem, sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius præteritus ex liberis qui solent committere edictum. L. 8, § 11, eod.

2) Dai *c. t. b. possessores* vengono sostituiti gli eredi testamentarii; la *b. possessio* è adunque di fronte a loro *cum re;* invece rimangono valide le diseredazioni e insieme le sostituzioni pupillari, e i legati a prossimi congiunti. Inoltre M. Aurelio ha stabilito che i *liberi* di sesso femminile debbano sostituire gli eredi testamentarii solo nelle misure, in cui essi accrescerebbero ad esse secondo il *ius civile* come *suæ*.

Exheredati liberi quemadmodum edictum non committunt, ita nec commisso per alios edicto cum illis venient ad bonorum possessionem. L. 10, § 5, h. 2.

Etiamsi contra passis tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnimodo præstanda sunt, quæ substitutione data sunt. L. 34, § 2, de subst. 28, 6.

Hic titulus æquitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui judicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex judicio ejus quibusdam personis legata et fideicommissa præstarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. L. 1, pr. D. de leg. præst., 37, 5.

Nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod jure adcrescendi consequerentur, quod in emancipatarum quoque persona observandum..... ut quod adcrescendi jure habituræ essent, si in potestate fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant. Gai II, 126.

B) Al patrono ed al *parens manumissor*, come ai figli maschi del patrono l'editto, alla *patrona* ed alle figlie del patrono, nel caso del possesso di più figli, la *lex Papia Poppæa* assegnavano la metà della successione non devoluta ai figli naturali del liberto. Un diritto alla successione della liberta era determinato dalla *lex Papia*, che la liberava dalla tutela del patrono mercè il *jus liberorum*. Se essa ha meno di tre figli, compete dopo loro al patrono, e alla patrona nata libera con tre figli una quota virile del patrimonio ammontante a 100,000 sesterzi. Contro le diminuzioni prodotte da alienazioni, il patrono ha l'*actio Faviana*, se il liberto è morto con testamento, la *Calvisiana*, se è morto senza. Gai III, 40-54. Ulp. XXIX.

Emancipatus a parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti patiatur exitum, quod æquissimum prætori visum est, quia a parente beneficium habuit bonorum quærendorum: quippe si filius familias esset, quodcumque sibi adquireret, ejus emolumentum patri quæreret, et ideo itum est in hoc, ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur. L. 1, pr. D. si a par. quis man.; 37, 12.

Non usque adeo exæquandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem. L. 2, D. eod.

Si intestatus libertus decesserit, patronus adeundo hereditatem ejus revocat per Calvisianam actionem ea, quæ alienata sunt dolo malo, quominus pars ex testamento debita bonorum liberti ad patronum liberosve ejus perveniret. L. 3, § 1, D. si quid in fr. patr., 38, 5.

II. — *Secundum tabulas* spetta la *b. p.* sulla base di un testamento valido secondo il diritto civile, o invalido solamente perchè fatto senza *familiæ mancipatio* ovvero per cause sopravvenute *ruptum* od *irritum:* di fronte al *legitimus heres* questa *b. p.* è *cum re*, secondo un rescritto di Marco Aurelio.

Exigit prætor, ut is, cuius bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur, sed si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, medio tempore non habuerit, bonorum possessio secundum tabulas peti poterit. L. 1, § 5, D. h. l., 37, 11.

Rescripto imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptione doli mali. Gai II, 120.

III. — Alla *b. p. intestati* sono chiamate successivamente una serie di classi di persone, tra le quali però alcune hanno luogo solo nella successione di liberti. Tra le quattro classi di importanza generale la prima *(unde liberi)* sta al diritto civile nel rapporto di correzione, la seconda *(unde legitimi)* in quello della conferma, la terza e la quarta *(unde proxime cognati* e *unde vir et uxor)* in quello di complemento. Se gli appartenenti ad una classe appartengono pure alla successiva, possono, come membri di questa, impetrare la *b. possessio*, anche se hanno omesso di impetrarla nella classe precedente.

A) Alla successione dei nati liberi l'editto chiama:

1) Nella classe *unde liberi* i *sui* e quelli loro parificati dal pretore, che, senza la *capitis deminutio*, sarebbero *sui* e non sono membri di un'altra *familia*.

Liberi et capite minuti per edictum prætoris ad bonorum possessionem vocantur parentium, nisi si adoptivi fuerint: hi enim et liberorum nomen amittunt post emancipationem. Sed si naturales emancipati et adoptati iterum emancipati sint, habent jus naturale liberorum. L. 4, D. unde lib., 38, 6.

La delazione avviene, come la successione dei *sui*, per stirpi, con le seguenti modificazioni:

a) Da una transazione tra i principii del diritto civile e quelli del diritto pretorio deriva l'*edictum de coniungendis cum emancipato liberi ejus*. Se i figli di un emancipato sono rimasti in potestà del nonno, l'editto chiama alla *b. p. unde liberi* per la metà il padre, per l'altra metà i figli successibili solo per *jus civile*.

Si quis ex his, quibus bonorum possessionem prætor pollicetur, in potestate parentis, de cuius bonis agitur, cum is moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in ejusdem familia habebit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit neque nominatim exheredes scripti erunt, bonorum possessio ejus partis datur, quæ ad eum pertineret, si in postate permansisset, ita, ut ex ea parte dimidiam habeat, reliquum liberi eius, hisque dumtaxat bona sua conferat. Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut quod filius habiturus esset petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis adcrescat. L. 5. pr., § 3 eod.

b) Allo scopo di togliere la disuguaglianza che usciva dalla parificazione degli emancipati ai *sui* mediante la diversità della loro condizione durante la vita del padre, il pretore ha connesso la concorrenza degli emancipati coi *sui* (che per causa loro ereditavano meno) alla condizione della partecipazione accordata a questi negli acquisti fatti da quelli vivente il padre. Come il pretore ha tolto questa disuguaglianza collo stabilire la *collatio bonorum*, così ha tolto pure quella derivante dalla concorrenza di una figlia dotata, stabilendo la *collatio datis*.

Emancipatio liberis ex edicto datur bonorum possessio, si parati sint cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona quæ moriente patre habuerunt se collaturos, Ulp. XXVII, 4.

Hic titulus manifestam habet æquitatem: cum enim prætor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. Totiens igitur collationi locus est, quotiens aliquo incommodo adfectus est is qui in potestate est interventu emancipati: ceterum si non est, collatio cessabit. L. 1 pr., § 5, D. de coll. 37, 6.

2) Nella classe *unde legitimi* sono chiamati tutti coloro, che la legge chiama alla successione intestata; era controverso se lo fossero anche coloro, che la legge avrebbe chiamato alla successione, se non fosse avvenuta la vocazione, riuscita poi vana, dei precedenti.

Generaliter igitur sciendum est, quotiescumque vel lex vel senatus defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem, ex hac parte eam peti oportere. L. 3, D. unde leg. 38, 7.

3) Nella classe *unde proxime cognati* sono successivamente chiamati i cognati, secondo la vicinanza di grado sino al sesto grado, come del settimo grado il *sobrino natus:* i cognati di egual grado succedono *in capita.* Solo in questa classe sono particolarmente chiamati

a) madre e figlio (innanzi la riforma del diritto civile, § 101) e tutti i parenti da parte di donna;

b) gli agnati separati per *capitis diminutio;*

c) i collaterali femminili *ultra consanguineitatis gradum;*

d) i figli nell'altrui *familia.*

Hæc bonorum possessio nudam habet prætoris indulgentiam, neque ex jure civili originem habet; nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non possunt, id est cognatos. L. 1 pr., D. unde cogn., 38, 8.

Proximum accipere nos oportet eo tempore, quo bonorum possessio defertur. Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittitur, hoc est, quicumque fuerit tum deprehensus proximum locum obtinens. L. 2, § 6, 7 eod.

Adgnatos autem capite deminutos non secundo grado post suos heredes

vocat, id est, non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent; sed tertio proximitatis nomine: licet enim capitis deminutione jus legitimum perdiderint, certe cognationis jura retinent, itaque si quis alius sit, qui integrum ius agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit. Idem juris est, ut quidam putant in ejus agnati persona, qui, proximo agnato omittente hereditatem, nihilo magis jure legitimo admittitur, sed sunt, qui putant, hunc eodem gradu a prætore vocari, quo etiam per legem agnatis hereditas datur. Feminæ certe agnatæ, quæ consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu vocantur, id est, si neque sus heres neque agnatus ullus erit. Eodem gradu vocantur etiam eæ personæ, quæ per feminini sexus personas copulatæ sunt. Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur. Gai III, 27-31.

4) Se non si presenta alcun parente avente diritto a succedere, l'Editto *unde vir et uxor* chiama alla successione il coniuge superstite.

Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore, sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen jure durat matrimonium, hæc successio locum non habet, hoc autem in huiusmodi speciebus procedit, liberta ab invito patrono divortit: lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono, item Julia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. L. 1, § 1, D. unde vir et ux., 37, 11.

B) Alla successione del liberto sono chiamati

1) i *sui liberi*, però come *sui non naturales* con concorrenza del patrono alla metà dell'eredità;

2) *unde legitimi*, il patrono e i suoi figli: all'*extraneus manumissor* del liberato dalla *mancipii causa* sono preferiti i parenti fino al secondo grado (*unde decem personæ*);

3) *unde proximi cognati*, i parenti non per *servilis cognatio;*

4) *tum quem ex familia*, gli agnati del patrono; in loro luogo, se il patrono stesso è liberto, il suo patrono e la sua progenitura: *unde patroni patronæque, item liberi et parentes patroni patronæque;*

5) *unde vir et uxor;*

6) *unde cognati manumissoris;*

Prætor primo loco suis heredibus et his, qui ex edicto prætoris sui connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur unde liberi: secundo legitimis heredibus: tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat (sunt autem decem personæ hæ: pater mater, avus avia tam paterni quam materni, item filius filia, nepos neptis tam ex filio quam ex filia, frater soror sive consanguinei sive uterini): quarto cognatis proximis: quinto tum quem ex familia: sexto patrono et patronæ liberisque eorum et parentibus: septimo viro et uxori: octavo cognatis manumissoris. § 3, J. de b. p., 3, 9.

IV. SUCCESSIONE SECONDO IL DIRITTO IMPERIALE.

1. *Successione intestata.*

§ 101.

I. — La successione dei cognati riconosciuta dall'editto pretorio come susseguente all'agnatizia, si introdusse per la riformatrice legislazione imperiale nel *jus civile* stesso, poichè anzitutto fu riconosciuto come preferibile all'agnazione, nei suoi gradi più lontani, il rapporto meramente cognatizio della madre col figlio. Il termine dell'evoluzione che dette alla cognazione valore nel diritto successorio, è formato dalla legislazione di Giustiniano, che, per ultimo, parificò assolutamente nella loro importanza giuridica l'agnazione alla cognazione.

II. — A causa della figliuolanza:

1) Il *senatusconsultum Tertullianum*, sotto Adriano, diede alla madre, che avesse il *jus liberorum*, il diritto di una *legitima heres*, che concorreva con quello della *consanguinea soror* ed era escluso solo da quello dei *liberi*, del *frater consanguineus* e del *parens manumissor*, mentre da parte sua impediva quello di tutti gli agnati più lontani.

2) Sotto M. Aurelio un *senatusconsultum Orphitianum* riconobbe i figli come più prossimi eredi intestati della loro madre, ciò che una costituzione posteriore estese al rapporto con gli ascendenti materni.

Ad liberos matris intestatæ hereditas sive in manum conventione ex lege XII tab. non pertinebat, quia feminæ suos heredes non habent; sed postea

imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut matrem legitimæ hereditates ad filios pertineat et, exclusis consanguineis et reliquis adgnatis. Intestati filii hereditas ad matrem ex lege XII tabularum non pertinet; sed si jus liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex Sc. Tertulliano; si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a prætore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus; quodsi soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere jubetur hereditas. Ulp. XXVI, 7, 8.

III. — Dopo che la cognazione aveva acquistato valore nel rapporto dei fratelli e sorelle, che Anastasio (498) chiamò come emancipati alla metà della quota devoluta agli agnati, e Giustiniano quelli del medesimo letto preferì agli agnati uterini, la Nov. 118 ha abolito finalmente ogni prevalenza della agnazione sulla cognazione. Questa legge stabilì il seguente sistema di successione agnatizia. Essa chiamò:

1) I *discendenti*, che ereditano *in stirpes*, come in antico i *sui*. La condizione della collazione è generale per certe dazioni che contengono una preferenza pel figlio (*dos*, *donatio propter nuptias*, *militia*).

2) Alla seconda classe appartengono gli *ascendenti* in misura della prossimità del grado, i fratelli e sorelle germani, e — insieme agli ascendenti però solo dopo la Nov. 127 — i figli di primo grado dei germani premorti. I figli di fratelli e sorelle defunti sono chiamati *in stirpes*, gli ascendenti di ugual grado, se insieme ad altri *in capita*, se senza concorrenza di altri *in lineas*.

3) I fratelli e sorelle uterini e i loro figli sono chiamati dopo i germani, nel modo uguale a loro.

4) Tutti gli altri parenti ereditano, secondo la vicinanza del grado e, come parenti di ugual grado, in parti uguali: una restrizione della chiamata a gradi determinati non vi è.

La vocazione è successiva, e colpisce i susseguenti in mancanza dei precedenti.

Necessarium duximus hac lege omnes successiones cognationis ab intestato..... definire. Jam igitur, quia omnis ab intestato familiæ successio tribus ordinibus cognoscitur, scilicet ascendentium, descendentium et eorum, qui ex latere sunt..... ut descendentium successio prima sit, sancimus. Si

quem ex his descendentibus liberis relictis mors contigerit, filii ejus aut filiæ aut reliqui descendentes in parentis sui locum succedant... et tantam ex hereditate defuncti partem capiant, quotquot sint, quantam parens eorum, si superstes esset, accepisset, quam successionem in stirpes antiquitas vocavit.

Si defunctus descendentes heredes non reliquit, pater vero et mater aliique parentes ei superstites sunt, sancimus ut hi omnibus ex latere cognatis præferantur, exceptis solis fratribus defuncto ex utroque conjunctis. Si autem multi ascendentium supersunt, eos preferri jubemus qui gradu proximiores inveniuntur. Si eundem gradum obtinent... dimidiam partem omnes paterni ascendentes, quotcumque sint accipiant, reliquam vero dimidiam materni. Fratres vel sorores defuncto per utrumque parentem conjuncti cum ascendentibus..... vocabuntur..... hereditate scilicet inter eos pro numero personarum dividenda. His vero non extantibus..... illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente defuncto congenitus junguntur. Quodsi defunctus fratres habeat et alterius prædefuncti fratris aut sororis liberos,... tantam ex hereditate partem capient, quantam parens eorum fuisset habiturus, si vixisset. Hoc autem privilegium solis concedimus fratrum... filiis vel filiabus.

Si defuncto neque fratres neque fratrum liberos, ut diximus, reliquerit, omnes ex latere cognatos ordine vocamus secundum uniuscuiusque gradus prærogativam. Nov. 118.

IV. — La vocazione del coniuge superstite dopo i parenti non è toccata dalla Nov. 118.

V. — Una costituzione di Giustiniano del 531 chiama all'eredità intestata del *libertus* anzitutto i suoi discendenti naturali per stirpi, poi il patrono o patrona e i loro figli, secondo la vicinanza del grado, finalmente i collaterali del patrono fino al quinto grado.

Si heredes vel bonorum possessores liberos habeant..... ad eos successionem parentum deduximus, patronis omnibus una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint... intestati, ad omnem hereditatem patronus patronasque vocavimus § 3, J. de succ., lib. 3, 7.

2 *La successione necessaria.*

§ 102.

I. — Mentre *necessarius heres* è colui, la cui successione è indipendente dalla sua volontà (§ 98, 1), si intende nella terminologia nuova per successione necessaria quel diritto di successione, che il

testatore non può lasciare inconsiderati. Poichè l'avente diritto deve essere soddisfatto, talora formalmente con l'istituzione o diseredazione, talora materialmente col lascito di una quantità determinata, si distingue diritto di riserva formale e materiale. Quest'ultimo è il diritto, escluso con la materiale soddisfazione di intentare la *querela inofficiosi testamenti*, come pure il diritto del patrono sul patrimonio del liberto.

II. — Secondo il diritto giustinianeo spetta al patrono un terzo del patrimonio del *libertus centenarius*, se questi non lo lascia ai suoi figli: di fronte a un patrimonio più piccolo egli non è erede necessario.

Nostra constitutio... definivit, ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur), nullum locum habeat patronum in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint. Cum vero maioris centenariis sint....... per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam, ut ante, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur. § 3 J. de succ. lib., 3, 7.

III. — Giustiniano ha stabilito la successione necessaria cioè il diritto di riserva dei parenti in modo che soltanto la mancanza di ogni lascito dà diritto ad impugnare il testamento, ma il lascito di una quantità minore della legittima dà solo diritto al suo completamento (*actio ad supplendam legitimam*). Poi Giustiniano, nella Nov. 118, ha elevata la quota legittima a un terzo della porzione intestata, se questa ammonta almeno ad un quarto dell'eredità, nel caso contrario alla metà. Legittimatarii sono, secondo il diritto giustinianeo, i *consanguinei* anche dopo cessata la agnazione.

Censemus... in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere quam liberis eorum vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut, sive adiciatur testamento de implenda legitima portione sive non, firmum quidem testamentum sit, liceat vero his personis, quæ testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere. L. 30 pr. C. de inoff. test., 3, 28.

IV. — Nella Nov. 115 Giustiniano ha stabilito un nuovo diritto di riserva per gli ascendenti e discendenti, poichè essi debbono ormai istituirsi eredi, a meno che non sia dimostrata una determinata ragione di diseredarli espressa nel testamento. Il testamento, che non fa ciò, è invalido, ma solamente quanto alle istituzioni di erede. Poichè in difetto d'ogni lascito, manca sempre il requisito dell'istituzione, la impugnabilità del testamento, a causa di quella mancanza, non trova applicazione al rapporto dei discendenti ed ascendenti. Il diritto di riserva dei fratelli e sorelle non è toccato nella Nov. 115.

3. *L'acquisto dell'eredità.*

§ 103.

I. — Per l'acquisto dell'eredità è generalmente decisivo nel diritto nuovissimo il diritto dell'*hereditas*, sicchè la *bonorum possessio* non esiste più avanti a quello come successione speciale; essa ha dei particolari effetti di fronte all'*hereditas* solamente come *bonorum possessio decretalis* (§ 99, VI).

II. — Il diritto dell'*hereditas delata* nell'ultimo periodo divenne in larga parte trasmissibile. Mentre fin allora l'adizione di un'eredità deferita a un morto era possibile al suo erede solo con l'*integrum restitutio*,

1) Teodosio II ha stabilito che i discendenti trasmettano ai loro discendenti la vocazione all'eredità lasciata loro per testamento, anche allora che essi stessi non avessero ancora diritto di decidere (*transmissio Theodosiana*).

Per hanc jubemus sanctionem in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos, cuiuscumque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulal hujusmodi præscriptione obstante sibi tamquam debitam vindicare. L. 1, C. de his qui her. transm., 6, 52.

2) Giustiniano ha disposto in genere che la decisione non ancor fatta dal chiamato sull'accettazione dell'eredità spetti entro un determinato tempo ai suoi eredi.

Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, prædictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa. L. 19, C. de jur. del. 6, 30.

III. — Una modificazione fondamentale nella posizione dell'erede l'ha fatta Giustiniano accordandogli di potersi sottrarre, mercè la compilazione di un inventario, ad ogni vincolo per i debiti ereditari oltre il valore dell'eredità (*beneficium inventarii*).

Sin autem dubium est, utrumve admittenda sit necne defuncti hereditas ... adeat hereditatem ... omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur.

Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant. L. 22, § 2, 4 C. se jure del. 6, 30.

V. IL LEGATO.

1. *Concetto e specie.*

§ 104.

I. — Il legato è una dazione per ultima volontà subordinata all'eredità o ad una successione universale che la sostituisca, la quale, in contrapposto alla disposizione diretta sulla successione, o diminuisce l'eredità con la separazione di determinate porzioni, o diminuisce un acquisto a causa di morte mediante un aggravio ad esso congiunto. All'*onorato* con legato sta di fronte colui che ne è *onerato*.

II. — Deve distinguersi il *legatum* e il *fideicommissum;* quello è disposizione giuridicamente obbligatoria secondo il *jus civile*, questo è una preghiera che in origine trovava la garanzia della sua soddisfazione solamente nella buona volontà *(fides)* del pregato, ma nell'epoca imperiale fu rivestita di forza obbligatoria.

Legatum est quod legis modo i. e. imperative testamento relinquitur: nam ea, quæ præcativo modo relinquuntur fideicommissa vocantur. Ulpiano XXIV. 1.

III. — Il *legatum* che presuppone l'eredità testamentaria è lascito in forma giuridica o di una parte dell'eredità, o di un credito contro un erede, è o una disposizione sull'eredità o un comando diretto all'erede. Le specie principali del *legatum* sono perciò il *legatum per vindicationem* ed il *legatum per damnationem;* mediante quello il legatario vien autorizzato a rivendicare presso qualunque terzo l'oggetto del legato, con questo l'erede è obbligato alla sua prestazione al legatario.

Legatum ab eo tantum dari, potest qui heres institutus est. Ulp. XXIV. 21.

A) Il *legatum per vindicationem* è disposizione o su determinate singole parti dell'eredità pertinenti al testatore *ex jure Quiritium*, o, se disposizione su cose fungibili, attribuzione della quantità che all'epoca della morte del testatore trovasi nel suo patrimonio.

Per vindicationem hoc modo legamus: Titio verbi gratia hominem Stichum do lego; sed si alterum verbum positum sit, veluti do aut lego, aeque per vindicationem legatum est, item ... si ita legatum fuerit: sumito, vel ita: sibi habeto, vel ita: capito; æque per vindicationem legatum est. Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocunque, qui eam possidet, petat, vindicare debet i. e. intendere eam suam rem ex jure Quiritium esse. — Eæ autem solæ res per vindicationem legantur recte, quæ ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt, sed eas quidem, quæ pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex jure Quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam, ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Gai. II. 193, 194, 196.

B) Il *legatum per damnationem* fondava — *quasi ex contractu* — un obbligo dell'erede di un contenuto qualunque non limitato alla concessione dell'acquisto ereditario, a cui, ove il suo oggetto fosse un *certum*, corrispondeva un credito esecutivo fin da principio e quindi aumentante *in duplum* se oppugnato.

Per damnationem hoc modo legamus: Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto, sed et si dato scriptum fuerit, per damnationem legatum est. Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et præstare, aut æstimationem eius dare debeat. Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non ut per vindicationem legatum continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est et ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere heredem sibi dare oportere: et tum heres rem si mancipi sit, mancipio dare aut in jure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit. Gai. II. 201—4.

Adversus infitiantem in duplum agimus ... legatorum nomine, quæ per damnationem certa relicta sunt. Gai. IV. 90

C) Sottospecie erano il *legatum per præceptionem* e *sinendi modo relictum.*

1) *Legatum per præceptionem* era, in contrapposto al lascito di una parte della successione a un terzo, il lascito ad un erede, la cui realizzazione secondo i Sabiniani poteva avvenire solo nel procedimento divisorio, mentre i Proculiani vi scorgevano un *legatum per vindicationem.*

Per præceptionem hoc modo legata damus: Lucius Titius hominem Stichum præcipito. Sed nostri quidem præceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset; præcipere enim esse, præcipuum sumere; quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis præcipuum legatum habiturus sit. — Item nostri præceptores quod ita legatum est nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam judicio familiæ erciscundæ, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda accipi solet; officio enim judicis id contineri, ut ei, quod per præceptionem legatum est, adjudicetur. Gai. II. 216, 217, 219.

2) Il *legatum sinendi modo relictum* si distingue dagli altri legati *per damnationem*, perchè non obbligava l'erede a una dazione positiva, ma soltanto a lasciare che si portasse via il suo oggetto: ebbe perciò applicazione solo ad oggetti che appartenevano all'eredità o all'erede, sicchè in tal rapporto sta tra il *legatum per vindicationem* e *per damnationem*.

Sinendi modo ita legamus: Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere. Quod genus legati plus quidem habet, (quam) per vindicationem legatum; minus autem, quam per damnationem, nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui: cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cujuslibet extranei rem legare potest. Gai II. 209, 210.

D) Secondo un *s. c. Neronianum* ogni legato a cui manchi un requisito di quella specie, nella cui forma fu fatto, deve considerarsi come se fosse fatto nella forma del *legatum per damnationem*, che aveva la più grande applicabilità.

Auctore Nerone Cesare senatusconsultum factum est, quo exitum est, ut, si eam rem quisque legaverit, quæ ejus nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo jure relictum esset; optimum autem jus est per damnationem legatum. Gai II. 197.

VI. — Il *fideicommissum* è:

1) sempre soltanto un onere personale, perciò non produce mai una successione singolare accanto a una successione universale.

2) Quest'onere ha l'aspetto non di un comando giuridicamente obbligatorio, ma di una preghiera diretta al buon volere (la *fides*). In conformità di ciò il *fideicommissum* non produceva alcun obbligo giuridico: solo sotto Augusto divenne uso di apporvelo.

Al contrario delle azioni esperibili nel modo della procedura ordinaria, la decisione sull' importanza giuridica dei Fideicommessi era riserbata al pretore.

I) Il fideicommesso può esser lasciato non solo nel testamento ed a un erede testamentario, ma a chiunque riceve qualche cosa per la morte del suo autore.

Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse..... et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant. § 1 I. de fideic. her. 2. 23.

Item a legatario legari non potest, sed fideicommissum relinqui potest; quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus. Gai. II. § 271.

Etiam intestato quis moriturus fideicommissum relinquere potest. Ulp. XXV. § 4.

V. — Giustiniano ha completamente abolito questa antitesi di legati e fideicommessi e di lasciti obbligatorii e con effetto reale. Adesso:

1) Ogni lascito oltre l' obbligo personale dell' onerato ha efficacia reale, in quanto può averla come disposizione sull' oggetto lasciato.

Roctius esse censemus.... omnibus tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem præstare, sed etiam in rem. L. 1 C. comm. de leg. 6, 43.

2) Quanto alle diversità tra i diritti del legato e del fideicommesso valgono sempre le norme più favorevoli a colui che è riguardato in essi.

Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura. § 3 I de leg. 2, 20.

2. *Requisiti ed acquisto.*

§ 105.

I. — I requisiti dei legati sono:

A) un onorato individuale (§ 96, II B) che possieda la *testamenti factio* col testatore; fino a Giustiniano il legato non poteva essere ordinato a semplice riguardo dell'onerato (*pœnæ nomine*). Questi requisiti furono solo a poco a poco estesi ai fideicommessi.

Pœnæ causa legari non potest; pœnæ autem causa legatur, quod coercendi heredis causa relinquitur, ut faciat quid aut non faciat, non ut ad legatarium pertineat, utputa hoc modo: Si filiam tuam in matrimonium Titio collocaveris, decem millia Seio dato. Incertæ personæ legari non potest, veluti: Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium collocaverit, si heres meus tot milia dato; sub certa vero demonstratione incertæ personæ legari potest, velut: Ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus illud dato. Ulp. XXIV. 17, 18 cf. XXV 6, 7. Gai. II. 284, 288.

B) I legati in origine potevano farsi solo nel testamento e osservando certe forme verbali, i fideicommessi in qualunque forma, in particolare con uno scritto qualunque (*codicilli*). Però fu permesso pei legati anche di farli in *codicilli testamento confirmati* e nell' ultimo periodo per i codicilli si richiese la presenza di cinque testimoni. Ad eccezione della nomina di erede ogni disposizione di ultima volontà può avvenire per codicilli.

Legatum codicillis relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit. Gai II § 270.

In omni ultima voluntate, exceptio testamento, quinque testes..... in rem eodemque tempore debent adhiberi sive in scriptis sine sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptura voluntas componitur, subnotationem suam accomodantibus. Theod. l. 8 § 3 C. de cod. 6, 36.

C) La misura dei legati, originariamente illimitata, ebbe limitazioni legali, affinchè pel loro soverchio non fosse rifiutata l' eredità e quindi non caducasse l' ultima volontà.

1) Anzitutto la *lex Furia* della seconda metà del sesto secolo limitò ogni singolo legato, tranne i lasciti a stretti parenti, a 1000 assi, in modo che era impedito di riscuotere un maggior valore, ma il lasciarlo non era invalido.

2) In luogo di quell' assoluta limitazione dei singoli legati la *lex Voconia* (585 di Roma) pose per le eredità degli appartenenti alla prima classe di censo la loro limitazione alla misura di ciò che ricevevano gli eredi.

3) Migliore e durevol rimedio creò la *lex Falcidia* (714) che assicurò all' erede un quarto della sua porzione ereditaria mercè una riduzione proporzionale che avveniva *ipso jure*. La sua disposizione fu estesa ai fideicommessi dal *Sc. Pegasianum* (75 d. Cristo).

Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere præterquam inane nomen heredis; dque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis; uti legassit suae rei, ita jus esto; quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est, sed et hæc lex non perfecit, quod voluit. — Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent. — Sed tamen fere vitium simile nascebatur. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat, quam dodrantem, itaque necesse est ut heres quartam partem hereditatis habeat, et hoc uunc jure utimur. Gai II. 224-227.

Minus quam perfecta lex est quæ vetat aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed pœnam injungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quæ plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere. præter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli pœnam constituit. Ulp. præf. § 2.

II. — Dall'acquisto del legato deve distinguersi la sua delazione. Essa si decide *(dies legati cedit)* colla morte del legante, ma secondo la *lex Julia et P. Poppœa* non prima dell' apertura del testamento, nei lasciti condizionali col verificarsi della condizione. Appena la delazione del legato è decisa, passa agli eredi del legatario. Il legato si acquista *(dies legati venit)* quando ha luogo la successione ereditaria od altra

in suo luogo, a meno che non sia sospesa l' epoca dell' acquisto. Non fa d'uopo di accettazione; invece il legato rifiutato si considera come non acquistato. Il legato vien annullato (originariamente solo come *legatum*) per *incapacitas*, la cui estensione ai fideicommessi non ebbe luogo pei *latini Juniani*, e tolto per *indignitas* (§ 98 II C. IV).

Legatorum, quæ pure ved in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem jure ex mortis testatoris tempore, per legem autem Papiam Poppæam ex apertis tabulis testamenti: eorum vero quæ sub condictione relicta sunt, cum condicio extiterit. Ulp. XXIV, 31.

Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. L. 5 pr. D. quando di. leg. 36, 2.

Ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis. L. 44 § 1 D. de legat. 1 (30).

III. — Se è lasciata a più la stessa cosa.

A. Secondo l'antico dritto doveva distinguersi:

1) Ciascuno acquista la cosa lasciata direttamente a più per una quota che si estende per la mancanza dei collegatarii; però anche qui l' accrescimento fu escluso dalla *lex Julia et Papia Poppæa*.

2) Se a ciascuno è lasciato un diritto alla stessa cosa, a ciascuno per sè spetta un diritto alla cosa o al suo valore.

B. Per diritto Giustinianeo v' è generalmente divisione ed accrescimento.

Si duobus eadem res per vindicationem legata sit, sive conjunctim, velut TITIO ET SEJO HOMINEM STICHVM DO LEGO, sive disjunctim velut TITIO HOMINEM STICHVM DO LEGO, SEJO EVNDEM HOMINEM DO LEGO, concursu partes fiunt: non concurrente altero pars ejus jure civili alteri adcrescebat, sed post legem Papiam Poppæam non capientis pars caduca fit. Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem conjunctim, singulis partes debentur (et non capientis pars jure civili in hereditate remanebat (nunc autem caduca fit); quodsi disjunctim; singulis solidum debetur. Ulp. XXIV. 12, 13.

IV. — L' esistenza di un legato:

1) È impedita da ogni circostanza, che farebbe impossibile la sua delazione a tempo della costituzione, a meno che la volontà della sua delazione non fosse condizionale (*regula Catoniana*).

Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere, quæ definitio in quibusdam falsa est. L. 1 pr. D. de reg. Cat. 34, 7.

2) Il legato vien annullato per revoca, *ademtio legati;* la contiene in sè la *traslatio legati* o sostituzione di un legato ad un altro.

Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare jussus est transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione. L. 6 pr. D. de adim. leg. 84, 4.

3) Contro il dolo dell' erede istituito, che rifiuta l' eredità per rendere inutili i legati, si dirige l' editto: *si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.*

Prætor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur. L. 1 pr. D. L. L. 29. 4.

3. *Il legato di eredità.*

§ 106.

I. — Per *legatum* l'erede poteva essere obbligato a dividere l'eredità con un altro *(partitio legata)*. La realizzazione della divisione fu assicurata mercè stipulazioni reciproche, con le quali l' erede si obbligava alla proporzionale comunicazione di ogni acquisto ereditario, ed il legatario a sua volta alla proporzionale partecipazione ad ogni peso ereditario *(stipulationes partis et pro parte)*.

Sicut singulæ res legari possunt, ita universarum quoque summa id est pars legari potest, quæ species partitio appellatur: utputa hoc modo: *heres meus* cum *Titio hereditatem meam partito dividito;* quo eam dimidia pars bonorum Titio legata videtur, potest autem et alia pars velut tertia vel quarta legari. Ulp. XXIV. 23.

II. — Per fidecommesso poteva esser commessa la restituzione non solo di una porzione ma anche di tutta l' eredità. Il *fiduciarius* e il

fideicommissarius si garantivano il passaggio effettivo dei vantaggi e pesi ereditarii con la conclusione di una vendita apparente e colle stesse stipulazioni, che erano usate nella vendita di eredità.

In usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummus uno eam hereditatem dicis causa venire et.... heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditatem nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi. Gai. II. 252.

III. — Un *Sc. Trebellianum* (62 d. Cristo), attribuì al lascito di eredità (*fideicommissum hereditatis*) l'importanza di una successione universale mediata, poichè dalla dichiarazione di restituzione in poi tutte le azioni ereditarie non spettavano più al *fiduciarius* e contro lui, ma al *fideicommissarius* e contro lui.

Sed posterioribus temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quæ jure civili heredi et in heredem competerent, (ei) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas, post quod senatusconsultum desierunt illæ cautiones in usu haberi. Prætor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit: eæque in edicto proponuntur. Gai. II. 253.

IV. — Questo trattamento del *fideicommissarius* come un erede mediato, fu di nuovo ristretto dal *Sc. Pegasianum* (75). Attribuendo esso all' erede anche per i fideicommessi il diritto di detrarre il quarto, esso tolse al legato di eredità il carattere di successione universale analogo all' eredità, sicchè fu necessario di nuovo la speciale trasmissione dei singoli vantaggi e pesi ereditarii e la loro garanzia con *stipulationes partis et pro parte*. D' altra parte l' erede non poteva più sfuggire alla restituzione dell' eredità omettendo di adirla, ma la adizione rifiutata e la restituzione potevano esser forzate, con l' effetto che il fideicommissario prendesse il posto dell' erede in conformità del Sc. Trebelliano, senza detrazione nel quarto.

Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut pæne totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atqne ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere atque e lege Falcidia in legatis retinendis conceditur. — Per quod senatusconsultum.... qui ex fidei commisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est. — Ergo siquidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ pro rata parte dantur, in heredem quidem jure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano. — At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto. Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit.... si .... totam hereditatem restituerit, ad exemplum emtæ et venditæ hereditatis stipulationes interponendæ sunt. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem.... cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat et restituat, perindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac juris est ex senatusconsulto Trebelliano. Gai. II. 254-8.

V. — Giustiniano ha ristabilita nella sua generalità la successione universale mediata del fideicommissario; relativamente alla detrazione del quarto e alla coattibilità dell' adizione ha conservato la disposizione del Sc. Pegasiano; ma poichè il fideicommissario è di nuovo generalmente *loco heredis* deve esser considerato come fonte del diritto vigente il Sc. Trebelliano e riferito a questo anche il diritto della detrazione spettante all' erede.

Omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatus consulti placuit exploso senatus consulto Pegasiano, omnem auctoritatem Trebelliano senatus consulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam sive plus sive minus sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatus consulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus, si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competunt, sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani senatus consulti fuerat,

ut, quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatus consultum Trebellianum. § 7 S, de fideic. her. 2, 23.

VI. — Nel diritto nuovissimo il *fideicommissarius heres* è assolutamente successore universale; come tale ha una *fideicommissaria hereditatis petitio*. La sua successione universale può esser subordinata non solo a quella immediata dell' erede, ma anche a quella mediata di altri fideicommissarii universali. Dall' erede effettivo si distingue il *fideicommissarius heres* esclusivamente in riguardo al diritto della detrazione della quarta che spetta soltanto a quello.

4. *Mortis causa capio et donatio.*

§ 107.

I. — Affine al legato è la *mortis causa donatio*, cioè la donazione avvenuta in riguardo della morte del donatore, la cui sussistenza suppone che il donatore non sopravviva al donatario. Essa si distingue dai legati perchè non avviene per ultima volontà unilaterale, ma per contratto col donatario, ed è una dazione sul patrimonio del donatore che come tale non presuppone l' ereditare da esso. Nel resto invece la *mortis causa donatio* è stata parificata al legato, così

1) Riguardo alle limitazioni relative al subietto *(incapacitas)*, alla estensione *quarta (Falcidia)*, poi

2) per Giustiniano anche riguardo alla forma, poichè alla forma di donazione (§. 31, III. 3) è sosituita quella della costituzione di un legato.

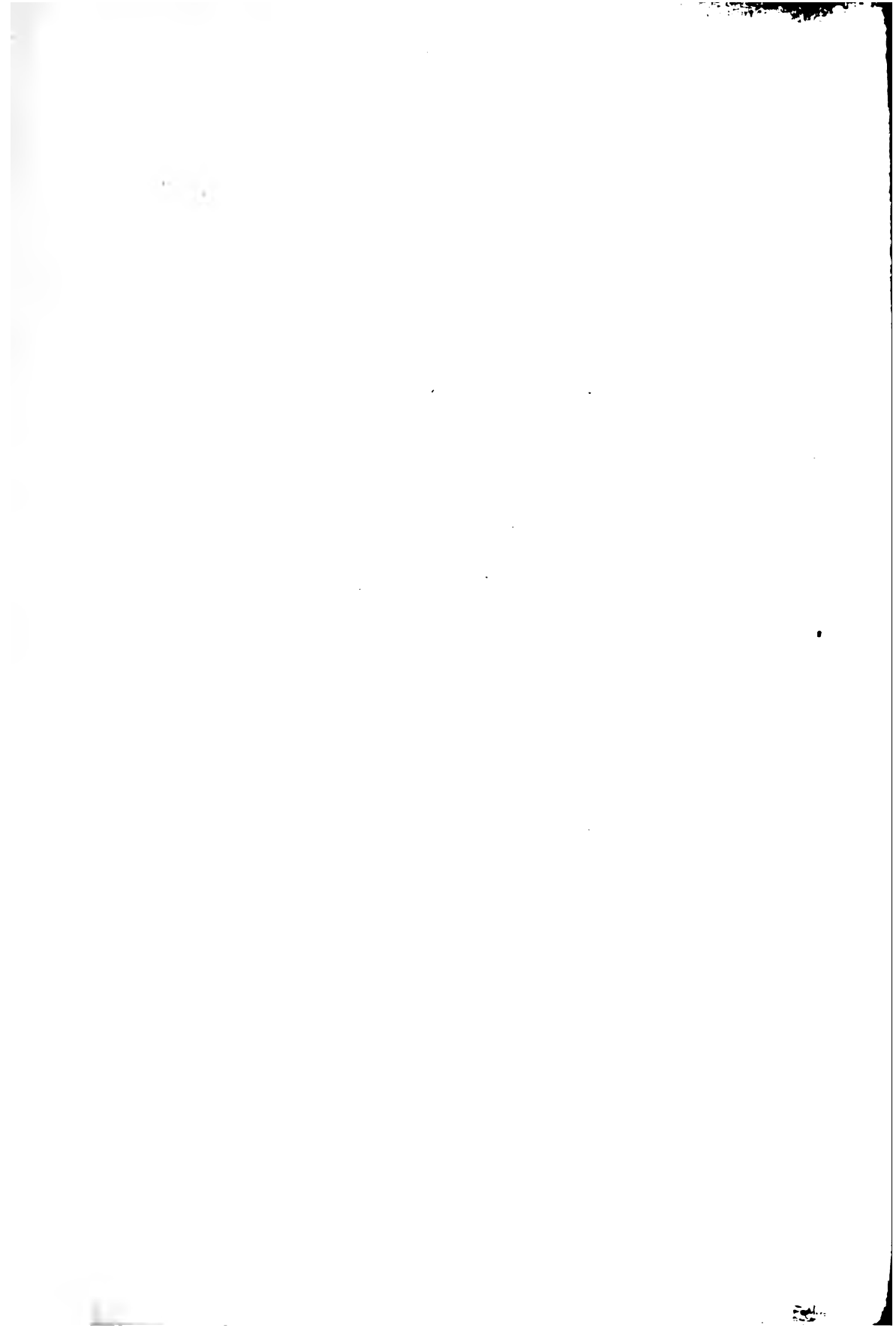
Mortis causa donatio est, cum quis magis habere se vult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum.L. 1 pr. D. ht. 39, 6.

Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quæ testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. L. 35 pr. eod.

Sancimus omnes mortis causa donationes.... actis minime indigere neque exspectare publicarum personarum præsentiam.... sed ita res procedat, ut si quinque testihus præsentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumen-

torum accessione res gesta maneat firmitate vallata.... et omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimilis eis intellegatur. L. 4 C. h. t. 8, 56.

II. — *Mortis causa capio* è ogni acquisto motivato dalla morte altrui, in ispecie quello non cagionato da lascito o dazione diretta del defunto. Anche ad essa sono in varia guisa state estese le limitazioni relative allo acquisto proveniente da ultima volontà.

Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quæ proprio nomine appellantur.... veluti pecunia, quam statuliber aut legatarius alicui condicionis implendæ gratia numerat, sive extraneus sit qui accepit sive heres. Eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit ut vel adeat hereditatem vel non adeat, quique in hoc accipit pecuniam, ut legatum omittat. L. 31 pr. § 2 D. de m. c. don.

APPENDICE

LA PARTIZIONE DEI DIGESTI

L'ordinamento dei Digesti giustinianei è foggiato su quello dell'*Edictum perpetuum* in modo, che le materie non contenute in questo sono in parte premesse a mo' d'introduzione, in parte aggiunte a mo' d'appendice, in parte intercalate. L'Editto si divideva in tre parti principali, poichè trattava in primo luogo della *giurisdizione* o delle norme relative all'*ordinatio judicii pretoria*, poi del *judicium* o delle norme regolatrici della decisione giudiciale e finalmente dell'*esecuzione*, che di nuovo seguiva sotto l'autorità del pretore, e delle *eccezioni*, *interdetti* e *stipulazioni pretorie*, come mezzi speciali derivanti dall'autorità pretoria, per rimuovere ed esercitare pretese giuridiche. Ora i cinquanta libri del Digesto divisi in sette *partes* trattano:

I. Nella prima *pars* (πρῶτα, libro I-IV).

1) a mo' d'introduzione nel libro I:

a) il diritto e le sue fonti (titolo 1-4);

b) le persone come subietti (5-7) e le cose come obietti del diritto (8), infine:

c) la condizione dei senatori (9) e gli *officia* degli ufficiali rivestiti di giurisdizione (10-20), come dei loro mandatarii (21) ed assessori (22).

2) I libri II-IV trattano della giurisdizione, e questo

a) in generale (II, 1 e 2), poi

b) della *in jus vocatio* (3-7) delle cauzioni processuali (8-11), inoltre

c) del tempo dei giudizii (12);

d) dell'*editio actionis* (13), come pure del troncamento dei processi mediante *pactum de non petendo* (14) e transazione (15).

e) Il libro III tratta delle persone che si presentano nei processi, e

tratta specialmente a questo proposito dell'infamia (2), delle persone giuridiche, come di quelle che son rappresentate dai loro organi (4) e della *negotiorum gestio* (5).

f) Il libro quarto tratta della *in integrum restitutio*, in occasione della quale esaurisce la teorica del *metus* (2), del *dolus* (3), della *minor aetas* (4) e della *capitis deminutio* (5). Come appendice alla dottrina della *juris dictio* esso tratta per ultimo del giuramento (8), come pure del *receptum nautarum* (9), che viene in questo luogo per la somiglianza della sua denominazione con quella del *receptum arbitrii*.

II. La seconda parte (*de judiciis*, libro V-VI) trae il suo nome da quegli oggetti, di cui apre la trattazione: essa tratta le *in rem actiones* insieme ad alcune altre loro affini, e cioè:

1) dopo un titolo introduttivo, che tratta della condizione dei tribunali (V, 1), tratta delle azioni reali universali, ossia delle azioni di eredità nel quinto libro, poi

2) nel sesto libro della *rei vindicatio* (1), della *Publiciana in rem actio* (2) e del diritto dell'enfiteuta (3).

3) Il settimo libro tratta delle servitù personali; l'ottavo delle servitù in generale (1) e delle servitù prediali in ispecie.

4) Il nono libro tratta del danneggiamento delle cose e delle *actiones noxales*.

5) Il decimo libro parla dei *judicia divisoria* (1-3) e dell'*actio ad exibendum* (4).

6) L'undecimo libro contiene, come conclusione della seconda *pars*, appendici di svariata natura e in particolare il diritto della sepoltura dei cadaveri (7, 8).

III. La terza parte (*de rebus sc. creditis*, libro XII-XIX) tratta delle *actiones in personam*.

1) I libri XII-XVI trattano delle *condictiones* insieme al giuramento deferito (XII, 2) al *jusiurandum in litem* (XII, 3), e al *costitutum debiti* (XIII, 5), dei contratti reali nominati e delle *actione adiecticiae qualitatis* insieme all'intercessione (XVI, 1) e alla compensazione (XVI, 2).

2) I libri XVII-XIX trattano delle *obligationes consensu contractae* e dei cosidetti contratti innominati, vale a dire:

a) il *mandatum* (XVII, 1).

b) la *societas* (XVII, 2).

c) la vendita nell'intero libro XVIII e nel primo titolo del libro XIX.

d) la *locatio* (XIX, 2).

e) i contratti innominati (XIX, 3-5).

IV. La quarta parte (*umbilicum*, libro XX-XXII) contiene:

1) Aggiunte alla terza parte, poichè, in connessione coi crediti trattati in questa, tratta

a) del diritto di pegno nel libro XX,

b) degli obblighi nascenti dall'editto edilizio (XXI. 1), dall'evizione (XXI, 2) e dell'*exceptio rei venditae et traditae* nel libro XXI, come pure (XXII, 1, 2) l'obbligo per le usure e altri estendimenti dell' oggetto del debito.

c) Come aggiunta alla seconda e alla terza parte, si mostra la teorica della prova (XXII, 3 e 4) e dell'errore (XXII, 5).

2) I libri XXIII-XXVII contengono il *diritto di famiglia*, tranne la patria potestà, trattata nella dottrina dei subietti del diritto (I, 6 e 7), vale a dire:

a) la dottrina del matrimonio e della filiazione (XXIII-XXV),

b) la tutela (XXVI, XXVII).

V. La quinta parte (*de testamentis*, libro XXVIII-XXXVI) tratta della successione testamentaria e dei legati (XXX-XXXVI).

VI. La sesta parte (libro XXXVII-XLIV), che, come la settima, non ha alcuna denominazione a causa della varietà del suo contenuto, tratta

1) in connessione alla parte precedente, della *bonorum possessio*, del diritto di patronato e della successione intestata nei libri XXXVII e XXXVIII.

2) Il libro XXXIX tratta della garanzia della proprietà fondiaria contro *opus novum* (1), *damnum infectum* (2) ed *aqua pluvia* (3), come pure degli appaltatori di imposte (4) e della donazione (5).

3) Il libro XL tratta della manomissione e degli altri modi d'acquistare la libertà, come pure dell'acquisto della posizione di nato libero (10-11) e del processo per la libertà e l'ingenuità (12-16).

4) Il libro XLI tratta dell'acquisto del dominio (1), dell'acquisto e perdita del possesso (2) e dell'acquisto della proprietà per possesso continuato (3), come pure dei singoli titoli di usucapione (4-10).

5) Il libro XLII tratta dell'esecuzione, il libro XLIII degli interdetti, il libro XLIV delle eccezioni e nell'ultimo titolo (7), come transizione a ciò che segue, delle obbligazioni in generale.

VII. L'ultima parte (libro XLV-L) ha per oggetto:

1) Nei libri XLV e XLVI la stipulazione e l'estinzione delle obbligazioni (XLVI, 3 e 4) e le stipulazioni *pretorie* in particolare (XLVI, 5-8).

2) I cosidetti *libri terribiles* (XLVII e XLVIII) trattano dei delitti privati e dei *crimina extraordinaria* (XLVII), come pure dei *publica judicia* (XLVIII).

3) Il libro XLIX tratta dell'appello (1-13), del diritto del fisco (14), della prigionia di guerra (15) e della condizione dei soldati (16-18), a cui nel I

libro tien dietro il diritto dei municipii (1-12), insieme alla trattazione della *extraordinaria cognitio* (13, 14), e dell'imposta fondiaria, come anche del *jus italicum* che libera da essa (15).

4) Formano la fine dell'intera opera i titoli *de verborum significatione* (L. 16) e *de regulis juris* (17).

DATE PRINCIPALI

DELLA STORIA DEL DIRITTO PRIVATO ROMANO

(I numeri seguenti possono in gran parte considerarsi solamente come approssimativi).

Primo periodo.

Anno di Roma	avanti Cristo	
302-304	(452-50)	. . . . XII tabulae.
~~309~~	~~(445)~~	. . . . ~~Lex Canuleia.~~
387	(367)	. . . . Praetor urbanus.
~~409~~	~~(345)~~	. . . . ~~Lex Furia de sponsu.~~
441	(313)	. . . . Lex Poetelia.
450	(304)	. . . . Pubblicazione delle *actiones*.
500	(254)	. . . . Tiberius Coruncanius primo pontifex maximus plebeo.
507	(247)	. . . . Praetor peregrinus.

Secondo periodo.

Anno di Roma	avanti Cristo	
500	(204)	. . . . Lex Cincia.
568	(186)	. . . . Lex Plaetoria.
571	(183)	. . . . Lex Furia testamentaria.
585	(169)	. . . . Lex Voconia.
664	(90)	. . . . Lex Julia. Lex Plautia Papiria.
687	(67)	. . . . Lex Cornelia sull'edictum perpetuum.
714	(40)	. . . . Lex Falcidia.

Terzo periodo.

736 (18).	. . .	Lex Julia de adulteriis.
dopo Cristo.		
4	. . .	Lex Aelia Sentia.
»	. . .	Lex Julia de maritandis ordinibus.
8	. . .	Lex Fufia Caninia.
9	. . .	Lex Papia Poppaea.
19	. . .	Lex Junia Norbana.
46	. . .	SC. Velleianum.
62	. . .	SC. Trebellianum.
63	. . .	SC. Neronianum.
75	. . .	SC. Pegasianum.
131	. . .	Edictum divi Hadriani.
158	. . .	SC. Tertullianum.
178	. . .	SC. Orphitianum.

Quarto periodo.

308	. . .	Codex Gregorianus.
365	. . .	Codex Hermogenianus.
426	. . .	Legge di citazione.
429-38	. . .	Codex Theodorianus.
500	. . .	Edictum Theodorici.
506	. . .	Lex Romana Visigotorum.
507	. . .	Lex Romana Burgundionum.
527-65	. . .	Giustiniano.

INDICE

PARTE PRIMA

LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO ROMANO.

PARTE SECONDA

SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO ROMANO.

PRIMA SEZIONE

Gli elementi del rapporto giuridico.

SEZIONE SECONDA

La posizione giuridica personale.

SEZIONE TERZA

Diritti sulle cose.

SEZIONE QUARTA

Diritto delle obbligazioni.

SEZIONE QUINTA

Diritto di famiglia.

SEZIONE SESTA

Diritto di eredità.

INDICE ALFABETICO

(IL PRIMO NUMERO ARABO INDICA IL PARAGRAFO DELL'OPERA)

Opere di prossima pubblicazione

Manara U. Gli atti di commercio. 1 vol. in-8°

Alimena. La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto ed alla legislazione comparata. 1 vol. in-8°

Carle. Le origini del diritto pubblico e privato di Roma. (Ricostruzione storica). 1 vol. in-8°

Chironi. Istituzioni di diritto civile italiano. 2 vol. in-8°

Paoli. Il matrimonio rispetto ai beni. 1 vol. in-8°

Fioretti. Il reato di bancarotta. 1 vol. in-8°

Del Vecchio. La famiglia rispetto alla società civile ed al problema sociale. 1 vol. in-8°

Garofalo. La riparazione dei danni alle vittime dei delitti.